- offene Version -

Der Generalbundesanwalt
beim Bundesgerichtshof

Karlsruhe, den 16.04.2010

- 3 BJs 6/10-4 -

Betrifft: Ermittlungsverfahren gegen Oberst **Klein** und Hauptfeldwebel **Wilhelm** wegen des Verdachts einer Strafbarkeit nach dem VStGB und anderer Delikte

hier: Einstellung des Verfahrens gemäß § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO

Vermerk:

Das mit Verfügung vom 12. März 2010 eingeleitete Ermittlungsverfahren gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm wegen des Verdachts einer Strafbarkeit nach dem VStGB und anderer Delikte ist nach den durchgeführten Ermittlungen und auf der Grundlage der nachfolgend dargestellten Erkenntnisquellen und den im Einzelnen ausgeführten Gründen gemäß § 170 Abs. 2 StPO einzustellen.

Gliederung

A. Erkenntnisquellen

Mit Übersendungsschreiben vom 05. November 2009 hat die Generalstaatsanwaltschaft Dresden den dortigen Vorgang 392 AR 100001/09 „Prüfvorgang betreffend Oberst Georg Klein wegen der Genehmigung zum Einsatz von Luftfahrzeugen am 04. September 2009 nahe Kunduz/Afghanistan“ sowie mehrere weitere Vorgänge mit in diesem Zusammenhang erstatteten Strafanzeigen dem Generalbundesanwalt zur Prüfung der Übernahme im Hinblick auf in Betracht kommende Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch vorgelegt, der zunächst zur Prüfung der Zuständigkeit übernommen worden ist. Zu diesem Zeitpunkt waren bereits ein von Amts wegen eingeleiteter Vorgang zur Prüfung der Zuständigkeit des Generalbundesanwalts sowie mehrere Vorgänge aufgrund diverser Strafanzeigen anhängig.

Zusammen mit dem Vorgang hat die Generalstaatsanwaltschaft Dresden den sogenannten COMISAF-Untersuchungsbericht nebst sämtlichen Anlagen und deutscher Übersetzung, die für den Einsatz der deutschen Truppen in Afghanistan maßgeblichen Rechtsvorschriften der NATO/ISAF (Standard Operating Procedures, Rules of Engagement, Tactical Directives, Intelligence Evaluation Matrix, Special Instructions for Air and Space Operations) sowie weitere Unterlagen, die der Generalstaatsanwaltschaft Dresden vom Einsatzführungskommando der Bundeswehr zur Verfügung gestellt worden sind, übersandt.

Der Generalbundesanwalt hat mit Schreiben vom 27. November 2009 zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts das Einsatzführungskommando der Bundeswehr um Übermittlung aller den Luftangriff betreffenden Erkenntnisse und mit Schreiben vom 08. Dezember 2009 ergänzend um Übersendung eines Doppels der dem Verteidigungsausschuss als 1. Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages vorzulegenden Akten gebeten. Mit Schreiben vom 30. November 2009 hat das Einsatzführungskommando der Bundeswehr den Feldjäger-Untersuchungsbericht zum „Close Air Support“ vom 09. September 2009 nebst 44 Anlagen, einschließlich Bild- und Videomaterial, die schriftliche Stellungnahme des Oberst i. G. Klein gegenüber dem damaligen Generalinspekteur Schneiderhan vom 05. September 2009, den Bericht des Oberst i. G. Neumann, Angehöriger des nach dem Angriff eingesetzten Fact Finding Teams der ISAF unter der Leitung von Admiral Smith, vom 06. September 2009, den Bericht der Repräsentanten der Region Kunduz an Staatspräsident Karzai vom 04. September 2009, den Bericht der afghanischen Untersuchungskommission für Präsident Karzai, die Liste der UNAMA über mögliche zivile Opfer des Luftangriffs, den Bericht einer Nichtregierungsorganisation vom 05. November 2009

und den Bericht des Initial Action Teams der ISAF vom 06. September 2009 übersandt. Weitere Unterlagen, insbesondere Gesprächsprotokolle der im PRT Kunduz mit der afghanischen Untersuchungskommission, mit örtlichen Vertretern und mit einer Delegation des Initial Action Teams geführten Gespräche, sind mit Schreiben vom 16. Dezember 2009 vorgelegt worden.

Da nach Auswertung der übersandten Unterlagen offene Fragen verblieben sind, hat der Generalbundesanwalt mit Schreiben vom 21. Dezember 2009 dem Einsatzführungskommando der Bundeswehr einen umfassenden Fragenkatalog übersandt, der mit Schreiben vom 08. Februar 2010 beantwortet worden ist. Weitere Fragen sind mit Schreiben vom 23. Februar 2010 direkt an das Bundesministerium der Verteidigung gerichtet und von dort beantwortet worden.

Aufgrund Schreibens vom 08. Dezember 2009 hat das Bundesministerium der Verteidigung insgesamt 164 Ordner übersandt, die parallel dem Verteidigungsausschuss als 1. Untersuchungsausschuss vorgelegt worden sind. Diese enthalten Ablichtungen der in den verschiedenen Abteilungen des Bundesministeriums der Verteidigung und bei der Bundeswehr entstandenen Unterlagen, die mit dem Luftangriff vom 04. September 2009 im Zusammenhang stehen, sowie der sich auf den Vorfall beziehenden Untersuchungsberichte.

Beim Verteidigungsausschuss als 1. Untersuchungsausschuss sind Ablichtungen der Protokolle der Ausschusssitzungen, in denen die Beschuldigten Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm sowie der Zeuge Hauptmann X vernommen worden sind, angefordert und von dort übersandt worden.

Aufgrund der bis zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Erkenntnisse hat der Generalbundesanwalt mit Verfügung vom 12. März 2010 ein Ermittlungsverfahren gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm wegen des Verdachts einer Strafbarkeit nach dem VStGB und anderer Delikte eingeleitet und zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen durchgeführt. Vom 22. bis zum 25. März 2010 sind die Zeugen Hauptmann X und Hauptfeldwebel Y sowie die Beschuldigten Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm durch den Generalbundesanwalt vernommen worden.

Nach Auswertung der oben genannten schriftlichen Unterlagen, der vorhandenen Videoaufzeichnungen und der durchgeführten Vernehmungen stellt sich die Sach- und Rechtslage wie folgt dar:

B. Sachverhalt

I. Konfliktslage in Afghanistan

1. Im Zuge der afghanischen Bürgerkriegswirren nach dem Abzug der sowjetischen Truppen im Jahr 1989 hatten sich seit Mitte der 90er-Jahre des 20. Jahrhunderts die Taliban als stärkste Gruppierung etabliert. Es war ihnen gelungen, weite Teile des afghanischen Territoriums unter ihre Kontrolle zu bringen und eine - wenn auch nur von wenigen Staaten anerkannte - Regierung zu bilden. Dieses de-facto-Regime der Taliban (zum Begriff und zur völkerrechtlichen Relevanz vgl. Schaller, Humanitäres Völkerrecht und nichtstaatliche Gewaltakteure, SWP-Studie 2007, S. 16; Frowein, Das de-facto-Regime im Völkerrecht, 1968) ist durch die militärische Intervention US-amerikanischer Truppen nach dem 11. September 2001 im Dezember 2001 beseitigt worden.

2. Danach hat der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen mit der Resolution 1386 vom 20. Dezember 2001 eine internationale Sicherheitsunterstützungstruppe (International Security Assistance Force, ISAF) für Afghanistan eingerichtet, deren Aufgabe die Unterstützung der gewählten Regierung Afghanistans zur Herstellung und Aufrechterhaltung eines sicheren Umfeldes in Afghanistan ist. Die ISAF darf mit Blick auf ihren Auftrag alle notwenigen Maßnahmen einschließlich der Anwendung von Waffengewalt ergreifen. Das Mandat, das auf Grundlage von Kapitel VII der VN-Charta auch den Einsatz militärischer Gewalt umfasst, ist seither regelmäßig verlängert worden, zuletzt am 8. Oktober 2009 (S/RES/1890 [2009]; vgl. dazu im Einzelnen Harsch, Dokumentation zur Ausweitung des ISAF-Einsatzes in Afghanistan, SWP-Diskussionspapier Dezember 2006).

   Der Deutsche Bundestag stimmte dem Antrag der Bundesregierung auf Beteiligung deutscher Streitkräfte an der von der NATO gestellten ISAF mit Beschluss vom 22. Dezember 2001 - BT-Drs. 14/7930 - zu. Das Einsatzgebiet des deutschen ISAF-Kontingents wurde mit Beschluss des Deutschen Bundestages vom 28. September 2005 (BT-Drs. 15/5996) auf die Regionen Kabul (Regional Command Capital) und Nord festgesetzt. In anderen Regionen kön-

nen deutsche Streitkräfte für zeitlich und im Umfang begrenzte Unterstützungsmaßnahmen eingesetzt werden, sofern diese zur Erfüllung des Gesamtauftrages unabweisbar sind.

Mit Zustimmung des Deutschen Bundestages vom 9. März 2007 (BT-Drs. 16/4298) wurde das Kräfte- und Fähigkeitsdispositiv des deutschen ISAF-Kontingents um Aufklärungsflugzeuge vom Typ Tornado-RECCE ergänzt, deren Einsatz im gesamten ISAF-Verantwortungsbereich möglich ist. Der Deutsche Bundestag verlängerte das Mandat zur Beteiligung von bis zu 5.350 bewaffneten deutschen Soldaten an der ISAF zuletzt mit Beschluss vom 26. Februar 2010 (Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/25 S. 2201).

3. Die Streit- und Sicherheitskräfte Afghanistans und die ISAF-Truppen sehen sich seit der gewaltsamen Absetzung des Taliban-Regimes Gruppierungen gegenüber, die das Ziel verfolgen, die zunächst übergangsweise eingerichtete und mittlerweile gewählte afghanische Regierung gewaltsam zu stürzen und die ausländischen Truppen zum Abzug zu zwingen.

   a) Die Widerstandsgruppen bilden eine heterogene Allianz oppositioneller militanter Kräfte, die sich kontinuierlich zu einer Aufstandsbewegung entwickelt hat. Es ist aufgrund der breiten Medienberichterstattung allgemeinkundig und insbesondere wegen der zahlreichen Terrorismusermittlungen mit Bezug zu Afghanistan amtsbekannt, dass diese Aufständischen in den letzten Jahren ihre Aktivitäten und faktischen Machtbereiche ausbauen und erweitern konnten.

   Den Kern und das Gros der Aufständischen stellen die afghanischen Taliban unter der Führung Mullah Omars. Zu dieser Gesamtbewegung der Taliban in Afghanistan gehören die eigentlichen Taliban, zudem das so genannte Haqqani-Netzwerk von Jallaludin Haqqani und die Hizb-e-Islami von Gulbuddin Hekmatjar (vgl. Steinberg, Lehren aus dem Irak-Konflikt? Quantara.de 2009; Maaß, Gespräche mit Taliban, SWP-Studie 2009, S. 2). Diesen drei wichtigsten Gruppierungen der Aufständischen lassen sich auch drei große Frontabschnitte entlang der Süd- und Südostgrenze Afghanistans zuordnen. Die eigentlichen Taliban Mullah Omars dominieren die Provinzen Helmand, Kandahar, Oruzgan und Zabol im Süden, in den Provinzen Khost, Paktia und Paktika kämpft das

Haqqani-Netzwerk von seinem Hauptquartier in Nord-Waziristan aus, während im nördlichen Frontabschnitt in den Provinzen Nuristan, Khunar, Nangarhar und Laghman, sowie in Kabul und Umgebung die Hizb-e-Islami die stärkste Gruppierung darstellt (Steinberg, Gutachten zur „Islamischen Jihad Union“, September 2009, S. 27f.).

Eingegliedert in die Allianz der Aufständischen in Afghanistan sind weiterhin Kämpfer der international operierenden Al Qaida und andere ausländische Organisationen wie die usbekische Islamische Jihad Union (IJU), in deren Reihen auch deutsche und türkische Jihadisten stehen (vgl. dazu im Einzelnen Steinberg a.a.O. S. 15-18), aber auch Teile der pakistanischen Taliban aus den paschtunischen Stammesgebieten jenseits der afghanischen Grenze (so genannte Durand-Linie) (vgl. Maaß a.a.O. S. 2).

b) Zur Organisationsstruktur der afghanischen Taliban hat das Bundeskriminalamt im Rahmen anderer Verfahren des Generalbundesanwalts folgende Feststellungen treffen können:

aa) Die Taliban sind keine homogene Gemeinschaft, sondern die Vereinigung zahlreicher militanter Gruppen, teils mit vornehmlich ideologischer Ausrichtung, teils mit einer lokalen, paschtunisch-tribalen Agenda. Uneingeschränkte Führungspersönlichkeit ist Mullah Omar. Er wird bzw. wurde vertreten von Mullah Berarder und Mullah Obaidullah Akund und verfügt mit Mullah Rahmani offenbar über eine Art Sonderberater. Mullah Omar zur Seite steht der Shura-Rat mit den höchsten Kommandeuren und Vertretern der Taliban. Deren Mitgliederzahl variiert zwischen 10 und 22. Darunter bilden Regionalkommandeure das nächste Glied der ständigen Befehlskette (vgl. dazu auch Ruttig, Die Taliban nach Mullah Dadullah, SWP-Studie 2007, S. 2). Dazu und zu den Angriffen auf Deutsche äußerte sich ein regionaler Kommandeur aus der Provinz Kunduz namens Qabir Bashir Haqqani im Mai 2008 gegenüber Spiegel-online:

> „Es bedarf keiner besonderen Befehle mehr. Die Mujaheddin folgen einfach ihrem Auftrag. Deutsche anzugreifen und zu töten ist das Ziel und das ist allen klar. Verantwortlich ist die gesamte Kette, das gesamte Netzwerk … Jeder lokale Kommandeur ist auf seiner Ebene für seinen Raum verantwortlich. Die örtliche Kommandeure haben sich mit den Distrikt-Gouverneuren abzustimmen, diese wiederum mit den Provinz-Gouverneuren, diese mit den so genannten Provinz-Exekutivräten und diese sind dann der Taliban-Militär-Shura verantwortlich.“

Daraus wird deutlich, dass die Taliban quasi staatliche Parallelstrukturen zur Umsetzung ihres politischen und militärischen Machtanspruches in Afghanistan bilden. Diesem Zweck dient wohl auch ein im Jahr 2006 erschienenes „Militärisches Regelbuch“, die Jihadi Layika, die als eine Art Kriegsverfassung der Taliban bezeichnet werden kann. Darin wird definiert, wer zu den Taliban gehört, wie man zu ihnen überlaufen kann, wie mit Verrätern umzugehen ist, mit wem verhandelt werden darf und mit wem nicht und welche Sanktionen bei entsprechenden Verfehlungen zu verhängen sind.

Trotz Gefangennahmen und Tötungen zahlreicher hochrangiger Talibanführer gibt es keine Anzeichen, dass das organisatorische Gefüge der Taliban dadurch eine nachhaltige Schwächung erfahren hätte.

bb) Zur Verbreitung ihrer Ziele und Strategien, aber auch zur propagandistischen Stärkung der eigenen Reihen und zur Beeinflussung der Bevölkerung nutzen die Taliban die modernen Massenmedien von der Tageszeitung über Radio, Fernsehen bis hin zum Internet. Folgende Beispiele illustrieren dies ansatzweise:

- Am 24. März 2002 veröffentlichten verschiedene pakistanische Tageszeitungen einen Beschluss Mullah Omars:

„Art. 1: Da das heilige Territorium des Islam von den Ungläubigen angegriffen wurde - dies zeigt sich in Gestalt von amerikanischen Angriffen auf das fromme und leiderprobte Volks Afghanistans - ist der Kampf auf dem Pfade Gottes (Jihad) die höchste Pflicht eines jeden Muslim.

Art. 2: Jeder, der auf irgendeine Art und Weise den ungläubigen Aggressor unterstützt, sich ihm anschließt oder für ihn arbeitet, ist zum Tode verurteilt. Er muss umgebracht werden. Seine Tötung ist jedem erlaubt.“

- Im Januar 2007 berichtete die pakistanische Zeitung „The Dawn“ über ein Interview mit Mullah Omar, in dem er u.a. erklärte:

  „Die ausländischen Truppen sollten sofort Afghanistan verlassen und dann sollten die Institutionen, die sie geschaffen haben, aufgelöst werden. Wenn das nicht passiert, wird sich der Krieg weiter verschärfen. Er wird sich nicht abschwächen.“

- Am 28. Mai 2007 gaben afghanische Tageszeitungen und Nachrichtenagenturen die vom Taliban-Sprecher Mohammed Ahmadi ausgerufene „Operation Kamin (Hinterhalt)“ bekannt. Ziele seien die Vertreibung sämtlicher ausländischer Truppen aus Afghanistan und die Bekämpfung der afghanischen Sicherheitskräfte. Methodisch würden dabei sowohl konventionelle Gefechte als auch Guerillataktiken wie Selbstmordanschläge, Sprengfallen und Hinterhalte angewendet werden. Die Entscheidung zu dieser landesweit geplanten Operation sei vom „Taliban Jihadi High Council“ getroffen worden.

Ein eigenes Medien-Komitee mit mehreren Sprechern ist daneben zuständig für Internetseiten (offizielle Seite des Islamischen Emirats Afghanistan, www.alemaroh.110nb.com), für Radiosender wie „Die Stimme der Sharia“ und Online-Magazine wie Al-Somood

oder Khorassan. Deren Inhalt bilden hauptsächlich „Monatsberichte über die Militäroperationen der Taliban“ (http://forum.takva.com), Lageentwicklungen, Interviews mit so genannten Jihad-Führern und Propaganda aller Art.

cc) Die Schwerpunkte der militärischen Auseinandersetzungen liegen seit jeher im Süden und Osten des Landes (vgl. oben 3a). Dort waren die Aufständischen bis 2006 so erstarkt, dass sie die offene Feldschlacht mit der ISAF suchten, um etwa die Stadt Kandahar einzuschließen und von der Außenwelt abzuriegeln. Mit der Operation „Medusa“ wurde dieses Vorhaben durch die ISAF und die afghanische Armee vereitelt und den Aufständischen schwere Verluste zugefügt. Seitdem haben sich die Taliban und ihre Verbündeten auf die Strategie des langfristigen Abnutzungskrieges gegen die technisch weit überlegenen westlichen Streitkräfte verlegt (vgl. Noetzel/Zapfe, Aufstandsbekämpfung als Auftrag, SWP-Studie 2008, S. 14f.).

dd) Die Provinz Kunduz war unter der Taliban-Regierung neben den Provinzen Kabul und Kandahar eines der drei Hauptzentren des Landes. Nach der Niederlage der Taliban im Dezember 2001 kehrten viele Afghanen allmählich aus benachbarten Ländern nach Kunduz zurück. Die Provinz galt unter der Kontrolle der von der Jamiat-Partei nahe stehenden Befehlshabern als relativ sicher. Das änderte sich, als die Aufständischen ihren Einflussbereich seit 2006 systematisch auf die nördlichen Regionen Afghanistans ausgedehnt haben. Das wird deutlich an den Verlautbarungen von Talibansprecher Mohammed Hanif, der Anfang Juli 2006 verkündete, dass man zukünftig die Angriffe im Norden verstärken werde oder von Mullah Hayatullah Khan im November 2007, wonach Hunderte von Attentätern im Norden bereit stünden, um anzugreifen. Das Hauptquartier der ISAF ging in seinen Lageeinschätzungen ab 2007 davon aus, dass im Bereich Kunduz mit einem erheblichen Anstieg der aufständischen Aktivitäten zu rechnen sei. Bestätigt wurde dies u.a. durch die Aushebung von zehn Waffenlagern Anfang 2008, die Entdeckung eines mit 300 kg Sprengstoff beladenen Fahrzeugs in der Nähe von Mazar-e-Sharif, mit dem ein mas-

siver Anschlag vorbereitet wurde, aber insbesondere durch die seit 2007 im deutsch geführten Regionalkommando Nord erforderlich gewordenen offensiven Einsätze. Der bedeutendste war die Operation „Harekate Yolo II“ im Herbst 2007 als Reaktion auf die verschlechterte Sicherheitslage in den nordafghanischen Provinzen Faryab und Badghis. Von Taliban gelenkte Gruppen hatten weite Teile der Provinzen unter ihre Kontrolle gebracht und es bestand die Gefahr, dass die Vertreter der afghanischen Regierung aus der gesamten Region verdrängt werden und dass ein flächendeckendes Schattenregime der Taliban entsteht (Noetzel/Zapfe a.a.O. S. 18).

Als Hauptdrahtzieher und regionaler Führer der Taliban im Raum Kunduz-Baghlan galt bis zu seiner Festnahme im Februar 2010 Mullah Abdul Salam, der auch als „Taliban-Schattengouverneur“ bezeichnet wurde. Die gesamte Bedrohungslage für die Provinz Kunduz wird von der ISAF mittlerweile als erheblich eingestuft.

Die Zahl der aufständischen Taliban, die durch ausländische Kämpfer (Usbeken, Araber und Tschetschenen) verstärkt werden, wird allein im Raum Kunduz auf mehrere hundert Mann geschätzt. Die Bewaffnung umfasst Handfeuerwaffen vom Typ AK-47 (Kalaschnikow), Panzerabwehrwaffen der Typen RPG-7 sowie SPG-9, 107mm-Raketen, Mörser und Minen. Eingesetzt werden auch so genannte improvisierte Sprengvorrichtungen (IED). So ausgerüstet reicht die Vorgehensweise der Aufständischen in der Provinz Kunduz von der Einrichtung von Hinterhalten und zeitlich begrenzter illegaler Kontrollposten entlang der Hauptverbindungsstraßen bis zu nachhaltigen infanteristischen Angriffen. In verstärktem Maße werden dabei Konzentrationen von militanten Kämpfern und der gebündelte Einsatz panzerbrechender Waffen sowie indirekter Beschuss festgestellt. Es erfolgen nicht nur so genannte Hit-and-run-Einsätze, vielmehr kommt es inzwischen auch zu Kampfhandlungen mit Personalersatz und Nachschub bis hin zu weiträumig koordinierten Angriffen unter Heranführung von Reserven, zeitweiligen Ausweichmanövern und abgestimmten Gegenangriffen (zu den militärischen Aktivitäten der Bundeswehr und

der Taliban in Kunduz und insbesondere in Chahar Darreh siehe auch „Deutsche Operationsführung in Kunduz 2009“, Wikipedia; „Operation Oqab“ Wikipedia; „Fröhlich wie nach einem Sieg“, süddeutsche.de v. 01.08.09).

Der Distrikt Chahar Darreh ist neben dem Distrikt Kunduz das Zentrum der Aktivitäten der Aufständischen in der Provinz Kunduz und der Anschläge gegen die afghanischen Sicherheitskräfte und die ISAF-Soldaten. Die Zahl der Angriffe stieg innerhalb der letzten drei Jahre erheblich, wobei sich die Aktivitäten der Aufständischen oft entlang der Hauptversorgungsstraßen konzentrieren, wo die Bewegungen der ISAF-Soldaten leicht vorhersehbar sind. Bewegungen der deutschen Sicherheitskräfte sind nur beschränkt unter ständiger Anschlagsbedrohung und vielfach nur auf den Hauptstraßen und in den Hauptortschaften möglich. Die sonstigen Bereiche werden von den Aufständischen beherrscht. Als Rückzugsgebiet dient ihnen der westliche Teil des Distrikts Kunduz um die Ortschaft Gor Tepa. Dieser Raum wird mit allen Mitteln verteidigt, so dass auch größeren Truppenformationen ein Zugang praktisch verwehrt bleibt. Entsprechende Operationen der afghanischen Sicherheitskräfte im zweiten Halbjahr 2009 blieben erfolglos.

Die Bundeswehr wurde bisher durchschnittlich mehr als 15 Mal pro Monat auf unterschiedlichste Weise von Aufständischen angegriffen und war gezwungen, in umfassenden militärischen Operationen und Gefechten zu antworten.

c) Nahtlos in dieses Gesamtbild der Konfliktslage fügen sich folgende nur beispielhaft aufzuführende Fakten ein:

- In Gefechtslagen mit den Aufständischen muss seit Jahren auf militärische Luftunterstützung zurückgegriffen werden.

- Seit 2007 sind Tornado-Aufklärungsflugzeuge der Bundeswehr im Einsatz, ohne die die erforderliche Tag-und-Nacht-Luftraumüberwachung und die Erstellung des militärischen Lagebildes nicht gewährleistet wäre.

- Die Resolutionen des VN-Sicherheitsrates zur Verlängerung des ISAF-Mandats stellen seit 2007 ausdrücklich auf die Achtung des humanitären Völkerrechts ab (S/RES/1776 [2007], S/RES/1833 [2008], S/RES/1890 [2009]), setzen also einen Anwendungsfall des Konfliktsvölkerrechts voraus.

- Die Zahl der eingesetzten ausländischen Soldaten betrug zur Jahreswende 2009/2010 circa. 85.000, allein die USA werden aber in Kürze ihr Kontingent um 30.000 Soldaten erhöhen. Seit Beginn der ISAF-Präsenz in Afghanistan wurden über 1.500 Soldaten getötet.

- Nach wie vor besteht in zahlreichen Gebieten Afghanistans keine vollständige zivile Kontrolle der Regierung. In diesen Bereichen installieren die Aufständischen Schattenverwaltungen, um ihren Machtanspruch zu demonstrieren. Dazu gehören u.a. die gewaltsame Erhebung von Wegezöllen, Steuern und Schutzgeldern (vgl. FAZ.NET vom 25.01.2010 „Gratis-Bauplan für den Taliban-Kommandeur“). Im April 2007 stuften die Vereinten Nationen landesweit 68 von 378 Distrikten als vollständig bzw. teilweise feindselig, 82 als unberechenbar und 56 als instabil ein. Sieben Distrikte waren für afghanische Regierungsbeamte unzugänglich, 80 weitere zu 1 bis 50% zugänglich (Ruttig a.a.O. S. 5).

II. Sicherheitslage PRT Kunduz vor dem 04. September 2009

1. Die Sicherheitslage in der Provinz Kunduz hatte sich in den Monaten vor dem 04. September 2009 erheblich verschlechtert. Während es bis Anfang des Jahres 2009 nur wenige sicherheitsrelevante Vorfälle im Zuständigkeitsbereich des PRT (Provincial Reconstruction Team) Kunduz gab, nahm deren Anzahl in der Folgezeit stetig zu. Bereits im April 2009 gab es dort vergleichbar viele Anforderungen von Luftnahunterstützung aufgrund von Gefechtssituationen wie im Bereich des Regionalkommandos Süd. Am 29. April 2009 geriet eine deutsche Infanterieeinheit nordwestlich von Kunduz in einen Hinterhalt, bei dem erstmalig in Afghanistan ein deutscher Soldat bei einem Gefecht getötet wurde. Fünf weitere deutsche Soldaten wurden am selben Tage bei einem Selbstmordanschlag auf eine Kolonne schwer verwundet.

Die deutschen Truppen konnten das Feldlager nur über zwei Ausgänge verlassen und sich nur über einige wenige leistungsfähige Hauptverbindungsstraßen bewegen. Dabei wurden sie ständig beobachtet. Truppenbewegungen wurden durch Beobachtungsposten der Taliban sofort weitergemeldet. Die deutschen Soldaten mussten damit rechnen, innerhalb kürzester Zeit angegriffen zu werden. Zudem hatten die Taliban an den Hauptverbindungsstraßen zahlreiche Sprengfallen eingerichtet, die bei Bedarf scharf geschaltet werden konnten, beispielsweise mittels eines Mobiltelefons. Auch musste ständig mit Selbstmordanschlägen gerechnet werden. Jeden Tag gingen etwa ein bis zwei auf Selbstmordanschläge bezogene Warnmeldungen im PRT Kunduz ein.

Ab Mai 2009 standen die Soldaten des PRT Kunduz fast täglich im Feuerkampf. Die Zahl und die Intensität der zum Teil stundenlangen Gefechte nahmen stetig zu. So kam es beispielsweise am 15. Juni 2009 zu einem Gefecht, bei dem deutsche Kräfte Luftstreitkräfte angefordert und auch eingesetzt haben.

Den Aufständischen gelang es in den Monaten vor dem 04. September 2009 mehrfach, Kleintransporter der Afghanischen Nationalpolizei und andere Fahrzeuge zu entführen, um sie als Autobomben einzusetzen. So entwendeten sie unter anderem am 25. August 2009 einen Tanklaster im Raum östlich von Kunduz. Die gestohlenen Fahrzeuge wurden häufig in die Dörfer nordwestlich von Kunduz, ungefähr 28 Kilometer vom Lager des PRT Kunduz entfernt, verbracht, um sie dort für Autobomben-Anschläge umzubauen. Durch den Gebrauch von Polizeifahrzeugen und von zivilen Fahrzeugen wie zum Beispiel Tanklastern für Autobomben-Anschläge hatten die Aufständischen die Möglichkeit, nahe an die Kräfte und Einrichtungen der ISAF und der afghanischen Sicherheitskräfte heranzukommen.

Insbesondere in den Wochen vor der Wahl in Afghanistan am 20. August 2009 gab es einen starken Anstieg an Aufständischen-Aktivitäten in der Provinz Kunduz. So waren im Juli 2009 zumindest 30 Angriffe auf ISAF-Truppen und auf afghanische Sicherheitskräfte zu verzeichnen. Im August 2009 kam es zu mehr als 50 Vorfällen einschließlich mehrerer Raketenangriffe auf die Stadt Kunduz am Wahltag, um die Bevölkerung von der Beteiligung an der Wahl abzuhalten.

2. Dem PRT Kunduz lag ein nachrichtendienstlicher Warnhinweis vom 15. Juli 2009 vor, dem zufolge eine bekannten Talibangruppe plane, einen komplexen Anschlag gegen das PRT Kunduz durchzuführen. Es sollte bis zum 20. August 2009, dem Wahltag, eine fahrzeuggestützte Sprengvorrichtung an der Wache des PRT Kunduz zur Explosion gebracht werden. Ein zweites Fahrzeug sollte in das PRT Kunduz hineinfahren und dort zur Wirkung gebracht werden. Weitere Selbstmordattentäter sollten zu Fuß in das PRT Kunduz gelangen und sich dort ihre Ziele suchen.

   Die Soldaten im PRT Kunduz nahmen diesen Warnhinweis ernst, zumal eben diese Talibangruppe bereits in der Vergangenheit bewiesen hatte, in der Lage zu sein, komplexe Anschläge gegen ISAF-Truppen kurzfristig umzusetzen. Vergleichbare Anschläge mit fahrzeuggestützten Sprengvorrichtungen hatte es zuvor mehrfach gegeben. Allein im Jahr 2009 gab es bis zum 04. September 2009 fünf Anschläge mittels Tank- oder anderer Lastkraftwagen mit großer Sprengladung, zuletzt am 25. August 2009, als ein Selbstmordattentäter mit einem Tanklastwagen einen fahrzeuggestützten Anschlag im Zentrum der Stadt Kandahar verübte, bei dem 47 Menschen getötet und 70 verletzt wurden.

3. In den Tagen vor dem 03. September 2009 hatte das PRT Kunduz vom Regionalkommando Nord im Rahmen der Operation ARAGON den Befehl erhalten, Truppen in den Distrikt Archi zu verlegen, wo die ISAF-Truppen sich dem enormen Widerstand gut ausgebildeter Aufständischer ausgesetzt sahen und bereits ein Fahrzeug vom Typ Dingo verloren hatten. [Schilderung des Einsatzplanes der dem PRT zur Verfügung stehenden Truppen.]

   Am 03. September 2009, dem Tag vor dem Luftangriff, überfielen Aufständische eine in Archi eingesetzte Kompanie aus einem Hinterhalt. Dabei wurden drei Soldaten verwundet und mehrere Fahrzeuge beschädigt. Einer der Lastwagen wurde so stark beschädigt, dass er zurückgelassen werden musste. Oberst Klein verlegte daraufhin die schnelle Eingreiftruppe zur Unterstützung nach Archi, wo die Taliban sie in einen schweren Feuerkampf, dem bis dahin schwersten Gefecht der deutschen Truppen in Kunduz, verwickelten, der bis zum späten Nachmittag dauerte. Eine Rückkehr konnte frühestens am Mittag des 04. September 2009 erfolgen.

4. Ebenfalls am 03. September 2009 ging bei der Task Force 47 die Mitteilung eines Informanten ein, nach der Aufständische unter der Führung eines bekannten Taliban-Führers in der Nacht vom 02. auf den 03. September 2009 illegale Kontrollpunkte und Hinterhaltstellungen eingerichtet hätten. Bei der Task Force 47 handelt es sich um eine deutsche Spezialkräfteeinheit unter dem Kommando der ISAF-Spezialkräfte. Sie operiert im Einsatzbereich des Regionalkommandos Nord, steht unter deutscher Führung und ist zum Teil im Feldlager Kunduz stationiert, wo sie über eine eigene Taktische Operationszentrale (TOC) verfügt.

   Nach dieser Mitteilung sollten sich die illegalen Kontrollpunkte und Hinterhaltstellungen auf einer bestimmten LOC befinden. Die Abkürzung LOC steht für „Line of Communication“, ein Begriff, der mit Hauptverbindungsstraße übersetzt werden kann. Eine Hinterhaltsstellung sollte sich ca. zwei Kilometer vom Lager des PRT Kunduz entfernt in der Nähe einer Furt befinden, wo die deutschen Streitkräfte häufig angegriffen wurden, wenn sie das Lager verließen, eine andere bei einem nahegelegenen Dorf.

III. Entführung der Tanklastzüge

Am Nachmittag des 03. September 2009 zu einer nicht genau bestimmbaren Zeit vor 15.30 Uhr hielten zwei Tanklaster der Firma Mir Bacha Kot in der Nähe einer Tankstelle auf dem Highway 3 in der Nähe des Dorfes Haji Sakhi Ded By ca. 15 km südlich der Stadt Kunduz und ca. 8 km süd-südwestlich des Feldlagers des PRT Kunduz. Einer der Tanklaster hatte Benzin, der andere Diesel geladen. Bestimmt war die Lieferung für einen Logistikpartner der ISAF-Truppen. Eines der Fahrzeuge hatte eine Panne und musste repariert werden.

Gegen 15.30 Uhr, nachdem die Reparatur des beschädigten Fahrzeugs abgeschlossen war, bemächtigte sich eine kleine Gruppe von Taliban an einem der eingerichteten Hinterhalte der zwei Tanklaster. Dabei töteten sie einen der beiden Fahrer, der sich gewehrt hatte und die Tanklaster nicht den Aufständischen überlassen wollte, nach den Feststellungen der militärischen Untersuchungen durch einen Kopfschuss und ließen seine Leiche in der Nähe in einem Straßengraben zurück. Der andere Fahrer wurde gezwungen, einen der Lastwagen zu fahren. Die Fahrzeuge sollten nach Gor Tepa, das ungefähr 25 km Luftlinie vom Feldlager des PRT Kunduz entfernt liegt, verbracht werden.

Etwa von 15.30 Uhr bis 18.15 Uhr dauerte die Fahrt der geraubten Tanklaster über das Dorf Haji Sakhi Ded By bis zu einem Übergang des Flusses Kunduz etwa zwei Kilometer westlich des Dorfes. Nach Angaben des überlebenden Lkw-Fahrers gegenüber der afghanischen Untersuchungskommission hatten die Taliban vier bis fünf Hinterhalte nahe des Dorfes sowie entlang der Route mit jeweils 10 bis 15 bewaffneten Kämpfern ausgestattet.

Gegen 18.15 Uhr blieben die Tanklaster bei dem Versuch der Taliban, sie auf die Westseite des Flusses Kunduz zu verbringen, auf einer Sandbank in der Mitte des Flusses im Schlamm stecken. Diese Stelle befindet sich etwa 7 km Luftlinie vom Feldlager des PRT Kunduz entfernt. Die Entfernung nach Gor Tepa beträgt von dieser Stelle 28,2 km Luftlinie. Die Fahrt dorthin hätte voraussichtlich noch etliche Stunden gedauert und unabhängig von der gewählten Fahrtroute in jedem Fall durch besiedeltes Gebiet geführt.

Von dieser Stelle etwa 250 Meter entfernt befindet sich in nordöstlicher Richtung ein allein stehender Hof, von dem nicht bekannt ist, ob er zu dieser Zeit bewohnt war. Die nächsten Siedlungsgebiete mit dichter Bebauung befinden sich ebenfalls in nordöstlicher Richtung (Entfernung etwa 850 Meter) sowie Richtung Südosten (Entfernung etwa 1.400 Meter). Allein stehende Gehöfte befinden sich in südwestlicher bis westlicher Richtung in Entfernungen von etwa 800 Meter bis etwa 1.100 Meter. In westnordwestlicher Richtung befindet sich ein etwa 1.150 Meter entfernt gelegenes Dorf.

Der überlebende Lastwagenfahrer berichtete, dass sich zur Zeit des Festfahrens der Lkw ungefähr 56 bis 70 Taliban auf der Sandbank in der Nähe der Tanklaster aufhielten. Unter den Anwesenden befand sich auch ein namentlich bekannter Talibanführer der mittleren Ebene. Nach den militärischen Untersuchungen forderten die Entführer über Mobiltelefone bei weiteren Taliban aus der Umgebung Unterstützung zur Befreiung der geraubten Fahrzeuge von der Sandbank an. Zudem begaben sich Talibanführer in die Moschee des Dorfes Haji Sakhi Ded By, um von den Dorfbewohnern Hilfe zu verlangen. Daraufhin erschienen zahlreiche Taliban und Dorfbewohner aus umliegenden Dörfern, die teilweise mehr als 10 km von der Stelle, an der sich die Tanklaster festgefahren hatten, entfernt liegen. Ein Teil der Dorfbewohner kam zu Fuß, ein anderer mit Fahrzeugen. Sie brachten Benzinkanister mit, um darin den Treibstoff aus den Tanklastern zu transportieren. Nicht zu klären

war, ob Benzin zum eigenen Verbrauch zur Verfügung gestellt wurde und ob Taliban Zivilisten gezwungen hatten, ihnen zu Hilfe zu kommen.

IV. Tatgeschehen

1. Zwischen 18.30 Uhr und 19.15 Uhr wurde der Provinzgouverneur über die geraubten Tanklaster informiert. Dieser unterrichtete gegen 19.15 Uhr den Polizeichef, der die Information an die übergeordnete Dienststelle weitergab. [Ausführungen zur Struktur dieser Dienststelle] Gegen 21.00 Uhr wurde das PRT Kunduz unterrichtet.

Bereits gegen 20.00 Uhr war die Task Force 47 im Feldlager Kunduz durch einen Informanten, über die Entführung der Tanklaster in Kenntnis gesetzt worden. Sie berichtete, dass die Taliban zwei Tanklaster geraubt hätten und beabsichtigten, die Laster über den Fluss in das Dorf Omar Khel zu verbringen. Von dort aus sollten sie weiter zu einem endgültigen Bestimmungsort in der Nähe des Dorfes Gor Tepa verbracht werden.

[Ausführungen zur Bewertung der Glaubwürdigkeit des Informanten]

Gegen 20.30 Uhr erhielt Oberst Klein die Information, dass im Laufe des späten Nachmittages zwei Tanklastzüge auf einer Hauptverbindungsstraße südlich von Kunduz durch aufständische Gruppen aus dem Raum Aliabad entführt worden seien. Diese Information wurde ihm von einem Mitarbeiter seines Stabes mündlich übermittelt, der von Hauptmann X unterrichtet worden war. Absicht der Aufständischen war es danach, diese Fahrzeuge über den Kunduz-Fluss nach Westen und dann in den Raum Ak Shak (sogenanntes Zweistromland) zu verbringen, um sie von dort aus für Angriffe gegen afghanische Sicherheitskräfte und gegen ISAF-Soldaten zu nutzen. Oberst Klein nahm diese Meldung sehr ernst, zumal er erst wenige Tage zuvor, am 25. August 2009, von der Entführung eines anderen Tanklasters im Raum östlich von Kunduz Kenntnis erhalten hatte. Auch hinsichtlich des Vorfalls vom 25. August 2009 ging Oberst Klein davon aus, dass das Fahrzeug präpariert und gegen die afghanischen Sicherheitskräfte und die deutschen Soldaten eingesetzt werden sollte.

2. Zu diesem Zeitpunkt befand sich der Fliegerleitoffizier (JTAC = Joint Terminal Attack Controller) des PRT Kunduz, Hauptfeldwebel Wilhelm, damals noch Oberfeldwebel, in der Taktischen Operationszentrale (TOC) der Task Force 47. Sie wird in Einzelfällen vom PRT genutzt. Die von ISAF-Flugzeugen übertragenen Video-Bilder konnten dort live mitverfolgt werden. [Ausführungen zu Ausrüstung und Fähigkeiten von Waffensystemen]

Im Rahmen des oben geschilderten Einsatzes von Truppen des PRT Kunduz im Distrikt Archi im Norden der Provinz Kunduz waren am 03. September 2009 deutsche Soldaten in einen Hinterhalt geraten. Im Rahmen des Gefechts wurde ein Lkw-Zweitonner derart beschädigt, dass er fahruntüchtig wurde und aufgegeben werden musste. Um zu verhindern, dass sicherheitsrelevantes Material an Bord des Fahrzeugs in die Hand der Aufständischen fiel, forderte der JTAC im Auftrag von Oberst Klein Luftunterstützung an, um es zu zerstören.

Um 21.33 Uhr spürte das entsandte Flugzeug den fahruntüchtigen LKW-Zweitonner auf. Oberst Klein, der daraufhin in die Taktische Operationszentrale der Task Force 47 gerufen wurde, ordnete jedoch an, von einer Zerstörung des Fahrzeugs Abstand zu nehmen, da aufgrund eines 65 Meter vom Fahrzeug entfernten Gebäudes Kollateralschäden zu befürchten waren.

Nach diesem erfolglosen Einsatz zur Unbrauchbarmachung des Fahrzeugs schlug Hauptmann X vor, das Flugzeug für die Suche nach den entführten Tanklastern am Fluss einzusetzen. Hauptmann X teilte zudem mit, er verfüge über einen Informanten, der hierzu gegebenenfalls weitere Informationen liefern könne. Nachdem Oberst Klein zugestimmt hatte, erteilte Hauptfeldwebel Wilhelm gegen 21.55 Uhr der Flugzeugbesatzung den neuen Auftrag, die geraubten Tanklaster aufzuspüren. Gegen 23.00 Uhr verließ Oberst Klein die Taktische Operationszentrale der Task Force 47, nachdem die Tanklaster bis zu diesem Zeitpunkt nicht gefunden werden konnten und ungewiss erschien, ob die Suche überhaupt Erfolg haben würde, und begab sich in seine Unterkunft. Zuvor hatte er die Anweisung gegeben, ihn zu informieren, falls die Laster gefunden werden sollten.

Gegen 23.00 Uhr wurde gemeldet, dass sich die beiden Tanklaster im Fluss festgefahren hätten. Eine weitere Bewegung der Fahrzeuge sei nicht mehr möglich. Gegen 00.00 Uhr kam die Information, dass die Aufständischen, da die beiden Tanklastzüge nicht mehr weiter bewegt werden könnten, versuchten, die Kraftstofftanks der Fahrzeuge zu entleeren, um den Kraftstoff umzufüllen. Vor Ort sollten sich mehrere Talibanführer an den beiden Fahrzeugen aufhalten. Weitere Aufständische seien informiert worden und würden hinzustoßen, um ebenfalls Kraftstoff zu entnehmen. Die genannten Personen waren Hauptmann X und Oberst Klein als Talibanführer namentlich bekannt.

3. Gegen 00.15 Uhr entdeckte das Flugzeug nach über zwei Stunden Suche die Tanklaster. Nach militärischen Untersuchungen befanden sich zu dieser Zeit ca. 100 Menschen auf der Sandbank. Hauptfeldwebel Wilhelm veranlasste, dass Oberst Klein in die Taktische Operationszentrale der Task Force 47 zurückkehrte.

Zwischen 00.15 Uhr und 00.25 Uhr traf Oberst Klein wieder in der Taktischen Operationszentrale der Task Force 47 ein. Dort befanden sich zu diesem Zeitpunkt der JTAC, Hauptfeldwebel Wilhelm, Hauptmann X und der Protokollführer, Hauptfeldwebel Y. [Ausführungen zu militärischen Abläufen] Im Laufe der Nacht begab sich Hauptmann X mehrfach zu dem eingesetzten Sprachmittler, um Informationen direkt von ihm entgegenzunehmen und ihm Fragen des PRT-Kommandeurs an die Quelle weiterzugeben. Auf diese Weise wollte er mögliche Fehlerquellen durch den Übertragungsweg ausschließen.

Auf der Leinwand erkannte Oberst Klein nach seiner Rückkehr in die Taktische Operationszentrale der Task Force 47 zwei auf einer Sandbank im Kunduz-Fluss befindliche größere Tanklaster, bei denen sich zwei weitere kleine Fahrzeuge befanden, wohl ein Traktor und ein Pick-up, und eine Gruppe von Personen um die Fahrzeuge. Diese Örtlichkeit war ihm als von Aufständischen häufig genutzter Flussübergang bekannt. Ferner erkannte er auf den Videobildern mehrere an beiden Flussufern abgestellte Fahrzeuge, die dort dicht hintereinander in einer Reihe standen. Es entstand bei ihm und den übrigen anwesenden Personen der Eindruck, diese Fahrzeuge sollten eine Art Schutzwall gegen mögliche Angriffe durch ISAF-Truppen oder afghanische Sicherheitskräfte bilden.

Hauptmann X unterrichtete Oberst Klein, dass er Quelleninformationen habe, wonach es sich bei den erkennbaren Personen um eine größere Zahl von Aufständischen handle. Dabei seien mehrere Führer mit ihren Gruppen identifiziert worden. Ferner würden sich ausländische Kämpfer vor Ort aufhalten. Die Lkw seien derzeit auf der Sandbank festgefahren. Man versuche, sie durch die herangeführten kleineren Fahrzeuge - bisher erfolglos - wieder beweglich zu machen und dann weiterzufahren. Die Fahrzeuge würden abgetankt, um sie zu erleichtern. Vor Ort seien nur Aufständische.

Im Verlauf der Nacht führte Oberst Klein mit Hauptmann X auch Gespräche über die Glaubwürdigkeit von Quellen in Afghanistan im Allgemeinen und über die Glaubwürdigkeit des Informanten im Besonderen. Dabei erklärte Hauptmann X zwar, dass man niemals hundertprozentig sicher sein könne. Konkrete Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Quelle hatte Hauptmann X aber nicht und gab dies an Oberst Klein entsprechend weiter.

Von Hauptmann X wurde Oberst Klein in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass sich die Angaben der Quelle bei einer früheren Zusammenarbeit als zuverlässig und richtig erwiesen hatten. [wird ausgeführt]

Oberst Klein bat den JTAC, der über die größere Erfahrung bei der Bewertung von Luftbildern verfügte, um seine Einschätzung, wie viele Personen sich bei den Tanklastern aufhielten. Dieser nannte eine Größenordnung von bis zu 70 Personen. Diese Zahl erschien Oberst Klein bei vier identifizierten Gruppen nicht überraschend. Aus den Gefechten der Vergangenheit war ihm bekannt, dass die Aufständischen in der Lage waren, sehr schnell etwa 100 Kämpfer im Raum Kunduz zusammenzuziehen, zumal diese über Motorräder und Pick-Up-Fahrzeuge verfügten und daher sehr mobil waren.

Hauptfeldwebel Wilhelm teilte Oberst Klein zudem mit, er habe die Flugzeugbesatzung aufgrund der dort vorhandenen technischen Möglichkeiten gebeten, ein sogenanntes PID (positive Identification) nach Waffen durchzuführen. Dabei seien Handwaffen und Panzerabwehrwaffen (RPG) aufgeklärt worden, allerdings sei nicht zu erkennen, ob alle Personen am Boden Waffen trugen. Oberst Klein konnte auf den übertragenen Videobildern selbst keine Waffen erkennen. Hauptfeldwebel Wilhelm hatte bei seiner Vernehmung durch den

Generalbundesanwalt in Erinnerung, zumindest eine lafettierte Waffe auf einem Pick-Up erkannt zu haben.

Oberst Klein erteilte Hauptfeldwebel Wilhelm den Auftrag, die Flugzeugbesatzung das übliche sogenannte Weaponeering und Targeting durchführen zu lassen. Dabei wird der Wirkungsbereich der zur Verfügung stehenden Waffen überprüft und durch eine Ellipse auf den Videobildern angezeigt. Das Flugzeug hatte 500-Pfund-Bomben und 2.000-Pfund-Bomben geladen. Der Einsatz von 2.000-Pfund-Bomben kam für Oberst Klein von vornherein nicht in Betracht, da dadurch möglicherweise das in der Nähe befindliche Gehöft in Mitleidenschaft gezogen worden wäre. Oberst Klein befahl dem JTAC, in Erfahrung zu bringen, welche Waffen erforderlich seien, um die Lastkraftwagen und die in der Nähe befindlichen Taliban zu bekämpfen. Er erhielt von der Flugzeugbesatzung die Information, dass dazu sechs 500-Pfund-Bomben erforderlich seien, die in einem gewissen Abstand über dem Boden detonieren sollten. Oberst Klein und der JTAC hielten dieses Mengengerüst an Waffen für völlig überzogen. Eine Entscheidung über einen Waffeneinsatz fiel zu diesem Zeitpunkt noch nicht.

Gegen 00.30 Uhr wurde seitens der Quelle mitgeteilt, dass sich bei den beiden auf einer Sandbank festgefahrenen Fahrzeugen weiterhin Aufständische aufhielten und die Fahrzeuge entleerten. Zivilisten seien nicht zugegen. Die Aufständischen seien mit Panzerfäusten und Handfeuerwaffen bewaffnet.

Die Schilderungen der Quelle deckten sich mit den in die Taktische Operationszentrale der Task Force 47 übertragenen Videobildern. Die Quelle beschrieb die Sandbank, die festgefahrenen Tanklaster, die zur Befreiung der Tanklaster herangeführten Fahrzeuge und die Bewegungen, die mit den Videobildern korrespondierten. Oberst Klein hatte daher den bestimmten Eindruck, dass die Quelle direkten Blick auf die Sandbank und das dortige Geschehen hatte.

Um 00.39 Uhr wies Oberst Klein die Operationszentrale des PRT an, die Position der eigenen und der verbündeten Kräfte bei der afghanischen Sicherheitskoordinierungsstelle, zu erfragen, um auszuschließen, dass ISAF-Soldaten oder Angehörige der afghanischen Armee durch einen möglichen Bombenabwurf getroffen werden. Außerdem erkundigte er sich, ob weitere Infor-

mationen über die Entführung der Tanklaster und die Geschehnisse auf der Sandbank verfügbar waren, was verneint wurde, und forderte die in der Operationszentrale des PRT tätigen Soldaten auf, ihn unverzüglich zu informieren, falls dort noch entsprechende Informationen eingehen sollten. Dies geschah jedoch nicht. Da die afghanische Koordinierungsstelle nicht erreicht werden konnte, wandte sich Hauptfeldwebel Wilhelm an den Luftwaffenverbindungsoffizier (Air Liason Officer, ALO) der Task Force 47 in Mazar-i-Sharif, der den JTAC administrativ bei der Koordinierung des Luftraums über Kunduz unterstützte.

[Ausführungen zu einsatztaktischer Kommunikation]

Gegen 00.48 Uhr verließ das Flugzeug den Luftraum über der Sandbank, weil sich der Treibstoff dem Ende zuneigte.

4. Kurze Zeit danach nahm Hauptfeldwebel Wilhelm Kontakt zum Hauptquartier der ISAF in Kabul auf, um Ersatz anzufordern. Von dort wurde ihm mitgeteilt, dass Luftunterstützung nur gewährt werden könne, wenn „Troops-in-Contact“ (TIC), also „Truppen mit Feindberührung“ erklärt werde. Dies gab der JTAC an Oberst Klein weiter.

[Definition des TIC in den „Special Instructions for Air and Space Operations in Afghanistan“ - wird ausgeführt.]

Oberst Klein entschloss sich daraufhin, eine „Troops-in-Contact“-Lage aufgrund einer unmittelbaren Bedrohung („imminent threat“) zu erklären. Eine unmittelbare Bedrohung sah Oberst Klein in der Anwesenheit einer großen Gruppe Bewaffneter und der Tanklastwagen nur wenige Kilometer vom PRT entfernt, die sich bei Befreiung der festgefahrenen Tankfahrzeuge oder einer Bewegung der Aufständischen in Richtung des PRT in kürzester Zeit realisieren könnte. Er war sich darüber im Klaren, dass Feindberührung im Wortsinn nicht bestand, ging jedoch davon aus, dass dies allen Beteiligten, mithin auch dem zuständigen Mitarbeiter im ISAF-Hauptquartier bekannt war. Um 01.04 Uhr teilte der JTAC die Entscheidung des Kommandanten dort mit.

5. Bereits um 01.08 Uhr erreichten zwei ISAF-Jagdflugzeuge den Luftraum über der Sandbank und meldeten sich beim JTAC Hauptfeldwebel Willhelm an. Er unterrichtete die Besatzungen darüber, dass sich keine eigenen oder verbündeten Streitkräfte, sondern 50 bis 70 Aufständische im Zielgebiet befänden.

   Ab 01.17 Uhr konnten die Geschehnisse am Boden auf der Video-Leinwand wieder verfolgt werden.

   Es folgten Gespräche zwischen dem JTAC und den Besatzungen über grundsätzliche Fragen zur Waffenauswahl im Rahmen eines Weaponing und Targeting. Dabei schlugen die Besatzungen zunächst den Abwurf von 2.000-Pfund-Bomben vor. Diesen Vorschlag lehnte Oberst Klein ab, da er zuvor darauf hingewiesen worden war, dass beim Abwurf von 2.000-Pfund-Bomben Kollateralschäden an dem in der Nähe befindlichen Gehöft nicht auszuschließen wären. Vielmehr erteilte er Hauptfeldwebel Wilhelm den Auftrag, den Waffeneinsatz mit den Piloten mit dem Ziel der minimalen Waffenwirkung, eng begrenzt auf die Tanklastzüge, die sie umgebenden Aufständischen sowie auf keinen Fall über die Sandbank hinaus abzusprechen. Nach Erörterung der Vorschläge der Besatzungen mit dem JTAC gelangte er zu der Einschätzung, dass die kleinstmögliche Waffenwirkung mit der Eignung, die beiden Tanklaster zu zerstören, durch den Abwurf von jeweils einer 500-Pfund-Bombe auf jedes der beiden Fahrzeuge erzielt werde. Zudem entschied sich Oberst Klein für einen Abwurf der Bomben mit Zündzeitverzögerung, um die Splitterwirkung zu reduzieren, so dass die Gefahr der Tötung oder Verletzung für die Personen, die sich nicht in unmittelbarer Nähe der Tanklaster aufhielten, so gering wie möglich gehalten wurde.

   Um sicherzugehen, dass sich nur Aufständische, keinesfalls aber unbeteiligte Zivilisten vor Ort aufhielten, befahl Oberst Klein dem Hauptmann X in der Zeit bis zum Bombenabwurf zumindest sieben Mal, die Quelle anrufen und sie nach eventuellen Veränderungen der Lage vor Ort und danach, ob es sich bei den anwesenden Personen ausschließlich um Aufständische handelte, befragen zu lassen. Einen Anlass, von der Anwesenheit von Zivilisten auszugehen, hatte Oberst Klein zu keinem Zeitpunkt. Es ging ihm vielmehr darum, sein Lagebild abzurunden und ständig zu überprüfen, ob Veränderungen auf der Sandbank eingetreten waren. Jedes Mal wurde ihm die Information der Quelle weitergeleitet, es befänden sich nur Aufständische und keine Zivilisten auf der

Sandbank. Anlass, an der Richtigkeit der Angaben der Quelle zu zweifeln, hatte Oberst Klein nicht, zumal die von ihr gelieferten Informationen mit den übertragenen Videobildern korrespondierten und sich die Quelle in der Vergangenheit als zuverlässig erwiesen hatte.

6. Gegen 01.40 Uhr gab Oberst Klein den Befehl zum Waffeneinsatz, weil er in den nur wenige Kilometer vor dem PRT befindlichen Tanklastern eine erhebliche Bedrohung sah. Die Gefahr einer Befreiung der Laster von der Sandbank erschien ihm realistisch, da die Enttankung der Laster bereits lange andauerte und sich die Schleppfahrzeuge noch immer vor Ort befanden. Oberst Klein musste auch ständig damit rechnen, dass die Jagdflugzeuge wieder abgezogen würden und er dann über keine Luftbilder mehr verfügt hätte. Bis eine Drohne für einen Einsatz als Überwachungsinstrument einsatzbereit gewesen wäre, wäre zu viel Zeit vergangen, in der man die Situation nicht aus der Luft hätte beobachten können. Er zog zum einen die Möglichkeit in Betracht, dass die festgefahrenen Tanklaster befreit, gewendet und für einen unmittelbaren Angriff auf das PRT Kunduz verwendet würden. Zwischen dem Standort der Tanklaster und dem PRT Kunduz befand sich nur noch ein Kontrollposten der Polizei, der in der Vergangenheit bereits häufig angegriffen worden war. Der Straßenabschnitt südlich des Kontrollpostens wurde durch die Aufständischen kontrolliert. Die Tanklastzüge hätten daher ohne großen Widerstand innerhalb kurzer Zeit das PRT erreichen können. Zum anderen sah Oberst Klein die Gefahr, dass die Tanklaster befreit und in ein von Taliban kontrolliertes Gebiet verbracht würden, um sie herzurichten und zu einem späteren Zeitpunkt für einen Selbstmordanschlag gegen ISAF-Truppen oder afghanische Sicherheitskräfte zu verwenden. Ihm war von vorangegangenen Fahrzeugentführungen bekannt, dass es nahezu unmöglich ist, von Taliban geraubte Fahrzeuge wiederzufinden. Im Fall eines Angriffs auf die Tanklastzüge bei einer Weiterfahrt nach Westen bestand aus seiner Sicht eine nicht abwendbare hohe Wahrscheinlichkeit erheblicher Kollateralschäden, da die Strecke nahezu ausschließlich durch besiedeltes Gebiet führte.

Eine andere Möglichkeit, die von den Tanklastern und den bei ihnen befindlichen Personen ausgehenden Gefahren zu beseitigen, hielt Oberst Klein nicht für gegeben. Die Stärke der sofort verfügbaren Kampftruppen war nicht ausreichend, um einen Bodenangriff zu führen. [wird ausgeführt]

Auch ein Rückgriff auf afghanische Sicherheitskräfte stellte keine Alternative dar. [wird ausgeführt]

Ziel des Bombenabwurfs sollte nach der Vorstellung des PRT-Kommandeurs die Vernichtung der beiden Tanklaster sein. Ihm war bewusst, dass durch den Luftangriff auch die umstehenden Taliban getroffen würden. Damit war er einverstanden. Er rechnete insbesondere damit, dass die anwesenden Taliban-Führer getroffen würden, die sich nach seinen Erfahrungen bei Aktionen der Aufständischen regelmäßig unmittelbar am Geschehen beteiligten und nicht etwa aus sicherem Abstand die Maßnahmen koordinierten. Durch deren Tötung erwartete er eine merkbare Schwächung der Organisation der Aufständischen in der Provinz Kunduz. Ziel des Angriffs sollte nicht die Tötung einer möglichst großen Anzahl von Taliban sein. Daher gab er eine Begrenzung der Waffenwirkung auf die Sandbank vor.

Aufgrund der ihm vorliegenden Informationen der menschlichen Quelle, der Luftbilder und der Gesamtumstände, insbesondere aufgrund der Lage der Sandbank außerhalb einer Ortschaft an einem bekannten Annäherungsweg der Aufständischen, des Umstandes, dass nach seinen Erfahrungen dort nachts nur Aufständische unterwegs waren, der Uhrzeit und der Tatsache, dass Ramadan war und Zivilisten während des Fastenmonats nachts erfahrungsgemäß ihre Häuser nicht verlassen, hielt er es für ausgeschlossen, dass sich andere Personen als Taliban vor Ort aufhielten. Er ging auch davon aus, dass sich die Fahrer der Tanklaster nicht mehr in der Nähe der Tanklaster aufhielten, sondern, wie bei der Entführung anderer Fahrzeuge wenige Tage zuvor, sehr schnell von den Fahrzeugen getrennt worden waren. Zudem wusste Oberst Klein von Überfällen auf Militär- und Polizeifahrzeuge, bei denen die Fahrer sofort getötet worden waren. Da die Quelle bestätigt hatte, dass sich nur Aufständische und keine Zivilisten vor Ort aufhielten, folgerte Oberst Klein, dass sich die Fahrer nicht mehr in der Nähe der Tanklastwagen befanden.

Die von den Flugzeugbesatzungen empfohlene „Show-of-Force“, also ein tiefer Überflug mit dem Ziel, die Menschen vor Ort zu vertreiben, lehnte Oberst Klein ab, weil er davon ausging, dass die anwesenden Personen das Motorengeräusch der seit Stunden kreisenden Flugzeuge gehört und sich dennoch nicht vom Ort entfernt hatten. Er versprach sich deshalb von einer „Show-of-

Force“ keinerlei Wirkung. Auch in der Vergangenheit hatte sich mehrfach gezeigt, dass sich die Aufständischen durch einen tiefen Überflug nicht vertreiben ließen. Oberst Klein wies daher Hauptfeldwebel Wilhelm an, die Piloten aufzufordern, direkt anzugreifen und jeweils eine 500-Pfund-Bombe mit Zündzeitverzögerung auf die beiden Tanklaster abzuwerfen, was dieser tat. Auf den Videobildern war zu erkennen, dass das in der Nähe befindliche Gehöft sowie die Ortschaft durch den Bombenabwurf nicht beeinträchtigt würden. Einen Waffeneinsatz gegen die flüchtenden Personen verbot er entgegen dahingehenden Vorschlägen der Piloten ebenso wie einen Angriff auf die am Flussufer befindlichen Fahrzeuge.

7. Um 01.49 Uhr warfen die Jagdflugzeuge auf Befehl des Oberst Klein zwei 500-Pfund-Bomben ab, die jeweils in der Nähe der beiden Tanklastwagen einschlugen. Durch den Bombenangriff wurden die beiden Tanklaster und die beiden unmittelbar neben ihnen stehenden Schleppfahrzeuge zerstört. Die Zahl der getöteten und verletzten Personen lässt sich nicht mehr mit endgültiger Sicherheit aufklären. Gleiches gilt für die Feststellung, bei wie vielen Opfern es sich tatsächlich um Taliban und Zivilisten gehandelt hat.

Unmittelbar nach dem Luftangriff führten die Besatzungen der Luftfahrzeuge und der JTAC eine Wirkungsanalyse durch, die zu dem Ergebnis gelangte, dass schätzungsweise 80 % der Aufständischen getötet wurden und sich eine große Anzahl von Personen in Richtung Ufer bewegte. Eine Boden-Wirkungsanalyse wurde nicht unmittelbar nach dem Luftangriff durchgeführt, da eine solche, wenn nicht mit zivilen Opfern zu rechnen ist, nach den Einsatzregeln der ISAF nicht zwingend durchgeführt werden muss und zudem die Gefahr bestand, dass die das Feldlager verlassenden Soldaten sofort in ein Feuergefecht verwickelt worden wären. Eine Aufklärung mittels eines unbemannten Luftfahrzeugs fand am Morgen des 04. September 2009 gegen 08.00 Uhr statt. Am Vormittag des 04. September 2009 trafen afghanische Polizeikräfte am Ort des Geschehens ein und fanden dort zwei verbrannte Traktoren, zwei verbrannte Tanklastzüge, eine verbrannte Leiche, menschliche Überreste, mehrere verbrannte Waffen vom Typ AK-47, dazugehörige verbrannte Magazine und verschiedene Ausrüstungsteile vor und nahmen die Waffenreste und die Ausrüstungsteile an sich. Eine Besichtigung des Angriffsorts durch Kräfte des PRT Kunduz erfolgte zwischen 12.30 Uhr und 13.30 Uhr. Als die PRT-

Kräfte am Angriffsort eintrafen, waren die Leichen durch Einheimische bereits abtransportiert worden.

C. **Beweiswürdigung**

Dieser Sachverhalt steht nach Auswertung der vorliegenden schriftlichen Unterlagen, der Videoaufzeichnungen und der Vernehmungen der Zeugen Hauptmann X und Hauptfeldwebel Y sowie der Beschuldigten Hauptfeldwebel Wilhelm und Oberst Klein fest. Näher einzugehen ist an dieser Stelle lediglich auf die Frage, welches Vorstellungsbild Oberst Klein bei Anordnung des Bombenangriffs hatte, und auf die Anzahl der durch den Luftangriff Geschädigten.

I. Vorstellungsbild des Beschuldigten Oberst Klein

1. Oberst Klein hat sich dahingehend eingelassen, er sei davon ausgegangen, dass sich ausschließlich Taliban, keinesfalls aber Zivilisten bei den Tanklastern aufhielten. Hauptziel des Bombenabwurfs seien die beiden Tanklaster gewesen. Dass die um die Laster herumstehenden Personen von den Bomben ebenfalls getroffen werden würden, sei unvermeidlich gewesen. Er habe damit gerechnet, dass sich zumindest einige Talibanführer in der Nähe der Tanklaster aufhielten, durch deren Tötung er eine Schwächung der Taliban-Strukturen erwartet habe. Einen Angriff auf die weiter entfernt stehenden Personen und auf die nach dem Bombenabwurf flüchtenden Menschen habe er ausdrücklich untersagt. Er sei davon ausgegangen, dass die Fahrer nach der Entführung der Tanklastzüge sehr schnell von den Fahrzeugen getrennt worden seien. Ferner sei ihm bewusst gewesen, dass durch den Bombenabwurf die beiden unmittelbar neben den Tanklastern befindlichen Schleppfahrzeuge zerstört werden würden. Demgegenüber habe er ein Vorgehen gegen die an den beiden Ufern befindlichen Fahrzeuge ausdrücklich verboten.

2. Die Einlassung des Beschuldigten Oberst Klein ist glaubhaft. Sie ist in sich schlüssig und deckt sich mit den getroffenen Feststellungen. Die Angaben werden in vollem Umfang durch zahlreiche objektive Umstände gestützt. Sie werden auch bestätigt durch die Angaben der anderen in der Taktischen Operationszentrale der Task Force 47 anwesenden Personen und durch die vor und während des Luftangriffs aufgezeichneten Videobilder von der Sandbank.

a) Der Abwurf der Bomben erfolgte um 01.49 Uhr nachts während des Fastenmonats Ramadan. Die nächste bewohnte Ortschaft befindet sich zumindest 850 Meter vom Ort des Geschehens entfernt. Aus der Sicht eines objektiven Betrachters war es beim damaligen Kenntnisstand unwahrscheinlich, dass sich zu dieser Zeit Menschen dort aufhielten, die nicht in irgendeiner Art und Weise an der Entführung der Tanklastzüge und der Tötung eines Fahrers beteiligt waren. Keineswegs war damit zu rechnen, dass sich zu dieser Nachtzeit Kinder an den Tanklastern befanden, was zudem auch auf den Videobildern nicht zu erkennen war.

Vielmehr ließen der Ort und die Zeit des Geschehens den Schluss zu, dass sich ausschließlich Taliban bei den Tanklastern aufhielten. Das Gebiet, in dem sich die Furt befindet, ist eine Hochburg der militanten Aufständischen. Wer von ihnen als Gegner wahrgenommen wird, unterliegt dort am Tag und insbesondere in der Nacht einer erheblichen Bedrohung. Die Taliban hatten mehrfach in der Region illegale Kontrollposten entlang der Hauptverbindungsstraßen errichtet, an denen Personen, die nicht zu den Taliban-Sympathisanten zählen, ohne jeglichen Grund erschossen worden waren. Der Aufenthalt an der strategisch wichtigen Furt - insbesondere zur Nachtzeit - war für Zivilisten zwangsläufig mit der Qualifizierung als Feind seitens der Taliban verbunden. Dies wiederum war gleichbedeutend mit akuter Lebensgefahr. Daher bestand objektiv kein Anlass, von der Anwesenheit von Zivilisten auszugehen. Anhaltspunkte dafür, dass die Taliban in dieser Nacht Treibstoff an die Zivilbevölkerung verschenkten, hatte Oberst Klein ebenfalls nicht.

Auch die Erkenntnisse zur Gefährdungslage für das PRT Kunduz rechtfertigten den Schluss, dass sich vor Ort nur Taliban aufhielten. Es lag ein nachrichtendienstlicher Warnhinweis über einen geplanten komplexen Angriff auf das deutsche Feldlager vor. Danach sollten unter anderem fahrzeuggebundene (Selbstmord-)Sprengsätze in unmittelbarer Nähe des Haupttores sowie innerhalb des Feldlagers zur Explosion gebracht werden. Zwar sollte dieser Angriff bis zum 20. August 2009, dem Wahltag in Afghanistan, erfolgen. Dies bedeutete aber nicht, dass nach diesem Termin endgültig vom Vorhaben abgerückt worden wäre, zumal im Hinblick auf die von den Taliban intendierte Beeinflussung der Bundestagswahl in Deutschland weiterhin mit Anschlägen zu rechnen war.

Es war naheliegend, dass Oberst Klein die Entführung der Tanklaster mit dem in der Warnmeldung genannten Anschlag in Verbindung brachte, weil fahrzeuggestützte Sprengvorrichtungen dabei verwendet werden sollten. Entsprechende Anschläge hatten im Jahr 2009 bis zum 04. September 2009 in Afghanistan bereits mehrfach stattgefunden. Zudem befanden sich die Taliban nach der Entführung der Tanklaster im Besitz von ausreichend Treibstoff, der für die Herstellung entsprechender Sprengsätze verwendet werden konnte. Es musste sich Oberst Klein daher aufdrängen, dass die festgefahrenen Tanklaster befreit werden sollten, um sie später für einen Angriff auf das PRT Kunduz oder ein anderes Angriffsziel zu verwenden, und, falls dies nicht gelänge, zumindest der Treibstoff für ein solches Vorhaben gesichert werden sollte.

Oberst Klein hatte auch keinen Grund, an der Richtigkeit der Angaben des Informanten zu zweifeln. Nur wenige Tage vorher hatte er mit ihr zusammengearbeitet und sich von der Zuverlässigkeit ihrer Angaben überzeugen können. Auch seitens Hauptmann X war die Quelle als gewöhnlich zuverlässig eingestuft worden, was der höchsten Bewertung entspricht, die Hauptmann X an afghanische Quellen bis zu diesem Zeitpunkt vergeben hatte. Soweit er bei militärischen Befragungen angegeben hat, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass eine Quelle ihr eigenes Spiel treibe, liegt dies darin begründet, dass er grundsätzlich niemandem zu 100 Prozent traut, wie er es bei seiner Vernehmung durch den Generalbundesanwalt explizit zum Ausdruck gebracht hat. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Quelle im vorliegenden Fall unzutreffende Informationen geliefert haben könnte, hatte er ebenso wenig wie Oberst Klein.

Schließlich zeigen auch die von Oberst Klein getroffenen Einzelanordnungen zur Gestaltung der militärischen Abläufe, dass er stets darauf bedacht war, jegliche zivilen Opfer zu vermeiden. So ließ er die Quelle zumindest siebenmal anrufen, um sie ausdrücklich danach zu befragen, wer sich vor Ort aufhielt. Diese Anordnungen erfolgten nicht, weil er Zweifel an der Glaubhaftigkeit der gemeldeten Angaben hatte. Vielmehr ging es ihm darum, das gewonnene Lagebild ständig zu überprüfen und auszuschließen, dass sich in der Zwischenzeit doch Zivilisten zu den

Tanklastern begeben hatten. Erst nachdem er sich sicher war, dass die Angaben der Quelle mit den von den Flugzeugen übertragenen Videobildern korrespondierten und auch nicht mehr mit weiteren Informationen von anderer Seite zu rechnen war, entschied er sich zum Bombenangriff auf die Tanklaster.

Dafür, dass Oberst Klein äußerst sorgfältig bei Entscheidungen vorgeht, durch die Zivilpersonen oder zivile Objekte in Mitleidenschaft gezogen werden könnten, spricht auch, dass er noch am Abend des 03. September 2009, gerade einmal etwa vier Stunden vor dem Luftangriff, in einem anderen Zusammenhang von der Anordnung eines Bombenabwurfs abgesehen hatte, weil er zivile Opfer nicht ausschließen konnte. Im Rahmen der Operation ARAGON war ein Lkw-Zweitonner derart beschädigt worden, dass er fahruntüchtig wurde. Er sollte durch einen Bombenabwurf zerstört werden, damit das Fahrzeug und die darin befindlichen technischen Geräte nicht in die Hand der Aufständischen fielen. Oberst Klein untersagte jedoch den geplanten Bombenabwurf, weil sich in ungefähr 65 Metern Entfernung ein möglicherweise bewohntes Gebäude befand und somit zivile Opfer befürchtetet werden mussten.

Auch zuvor hatte es bereits eine Situation gegeben, in der Oberst Klein nach gründlicher Abwägung von einem Bombenabwurf Abstand genommen hatte, weil er zivile Schäden befürchtete. Nur wenige Stunden nach der Übernahme der Führung des PRT Kunduz am 05. April 2009 wurden deutsche Streitkräfte in der Nähe des Geschehens vom 04. September 2009 mit Panzerabwehrwaffen beschossen. Auch damals forderte Oberst Klein Luftunterstützung an, nachdem der Feuerkampf bis in die Nacht angedauert hatte. In diesem Fall gab Oberst Klein einen Bombenabwurf nicht frei, da die Feindkräfte nicht eindeutig identifiziert werden konnten und er die Gefahr sah, unbeteiligte Zivilisten und in der Nähe befindliche Gehöfte zu treffen.

Die Annahme des Beschuldigten Oberst Klein, dass die Fahrer der beiden Tanklastzüge nicht vor Ort seien, war durch seine Erfahrungen aus vergleichbaren Fällen begründet. In vorangegangenen Fällen waren die Fahrer nach der Entführung von Tanklastzügen sehr schnell von den

Fahrzeugen getrennt worden, soweit es sich um Zivilfahrzeuge handelte. Bei Überfällen auf Militär- und Polizeifahrzeuge waren die Fahrer regelmäßig sofort von den Aufständischen getötet worden. Die Einschätzung von Oberst Klein wurde auch im Nachhinein durch die Erkenntnisse über die objektive Situation am 03. und 04. September 2009 bestätigt. Einer der beiden Fahrer war von den Taliban getötet worden, der andere war entsprechend den Vorstellungen von Oberst Klein von den Tanklastern entfernt worden. Er lebte zum Zeitpunkt des Bombenangriffs noch und überlebte diesen auch, da er sich nicht in unmittelbarer Nähe der Tanklaster aufhielt. Da die Quelle auf mehrfache Nachfrage ausdrücklich bestätigt hatte, dass ausschließlich Aufständische und keine Zivilisten vor Ort waren, lag für Oberst Klein der nachvollziehbare Schluss nahe, dass die Fahrer entweder von den Fahrzeugen getrennt und freigelassen oder bereits getötet worden waren.

b) Die Einlassung von Oberst Klein wird durch die Angaben der übrigen in der Nacht vom 03. auf den 04. September 2009 in der Taktischen Operationszentrale der Task Force 47 anwesenden Personen bestätigt. Die Zeugen Hauptmann X und Hauptfeldwebel Y sowie der Beschuldigte Hauptfeldwebel Wilhelm haben übereinstimmend angegeben, sie seien aufgrund der Lageentwicklung und der dabei feststellbaren Umstände und Gegebenheiten davon ausgegangen, dass sich ausschließlich Taliban und keine Zivilisten vor Ort aufhielten und dass es keine Veranlassung gab, an den Angaben der Quelle zu zweifeln.

Keine der durch den Generalbundesanwalt vernommenen Personen hat bekundet, dass Oberst Klein zivile Opfer erwartete. Vielmehr haben sie überzeugend geschildert, weshalb auch sie keine Zweifel an dem gewonnenen Lagebild hatten, nach dem sich ausschließlich Taliban bei den Tanklastern aufhielten. Alle vernommenen Personen haben insbesondere darauf hingewiesen, dass die Angaben der Quelle und die übertragenen Videobilder in hohem Maße übereinstimmten.

Auch die Angaben der Zeugen und des Beschuldigten Hauptfeldwebel Wilhelm sind in sich schlüssig und glaubhaft. Die Bekundungen der bereits zuvor durch den ISAF-Untersuchungsausschuss und den Verteidigungsausschuss als 1. Untersuchungsausschuss des Deutschen Bun-

destages vernommenen Hauptmann X und Hauptfeldwebel Wilhelm weisen im Vergleich zu ihren zuvor gemachten Angaben keine Widersprüche auf. Sie korrespondieren zudem mit den Einlassungen des Beschuldigten Oberst Klein. Es war bei den Vernehmungen deutlich erkennbar, dass es den Zeugen keineswegs darum ging, für die Beschuldigten entlastende Angaben zu machen, sondern ausschließlich um die Schilderung ihrer Wahrnehmungen und Erinnerungen an tatsächliche Geschehensabläufe.

Weitere in Betracht kommende Zeugenvernehmungen versprechen für die hier zu klärende Frage, ob Oberst Klein in der Erwartung ziviler Opfer handelte, als er den Bombenabwurf befahl, keine neuen Erkenntnisse. Andere Personen als Hauptmann X waren bei der Weitergabe der Informationen der Quelle an den verantwortlichen Kommandeur nicht zugegen. Anhaltspunkte für eine nicht korrekte Übermittlung durch Hauptmann X liegen nicht vor.

Auch eine Vernehmung der Flugzeugbesatzungen wäre nicht geeignet, einen entsprechenden Verdacht zu begründen. Diese können nur Angaben zum Funkverkehr mit dem JTAC und zu dem für sie erkennbaren Geschehen auf der Sandbank machen. Der Funkverkehr ist im Rahmen der militärischen Untersuchungen ausgewertet worden. Dabei haben sich keine Hinweise dafür ergeben, dass Oberst Klein in der Erwartung ziviler Opfer handelte, als er den Luftangriff befahl. Die von den Jagdflugzeugen übertragenen Videobilder liegen dem Generalbundesanwalt vor, so dass die Situation auf der Sandbank in der Zeit vor dem Bombenabwurf anhand der Videobilder nachvollzogen werden kann. Soweit die Besatzungen der Flugzeuge über bessere Bilder verfügt haben sollten, ist dies für die hier zu beurteilenden Fragen unerheblich, weil es darauf ankommt, welche Erkenntnisse Oberst Klein hatte, als er den Luftangriff anordnete. Hinzu kommt, dass sich die Taliban aufgrund ihrer Bekleidung nicht von Zivilpersonen unterscheiden, so dass die Besatzungen der Flugzeuge zur Klärung der Frage, ob erkennbar war, dass sich auch Zivilisten bei den Tanklastern aufhielten, keine Angaben machen können. Dass die Tanklaster in der Hand bewaffneter Taliban waren, steht zweifelsfrei fest. Anhaltspunkte dafür, dass diese sich nicht mehr bei den Tanklastern aufhielten, lagen nicht vor.

c) Auch die Auswertung des vorliegenden Videomaterials bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass Oberst Klein die Tötung oder Verletzung von Zivilisten oder die Beschädigung ziviler Objekte erwartete. Vielmehr stützt sie die Einschätzung der in der Taktischen Operationszentrale anwesenden Personen, dass die Angaben der Quelle mit den Videobildern korrespondierten und ein stimmiges Lagebild vorhanden war.

Dem Generalbundesanwalt liegt eine Aufzeichnung der von den Jagdflugzeugen übertragenen Videobilder vor. Darauf sind zwei Lastwagen zu erkennen, die sich während der rund halbstündigen Videoaufzeichnung bis zum Bombenabwurf nicht bewegten, so dass die Angabe der Quelle, die Tanklaster hätten sich auf der Sandbank festgefahren, ersichtlich zutraf. Neben den beiden Lastwagen sind zwei kleinere Fahrzeuge zu erkennen sowie eine Menschengruppe, die sich zwischen den Tanklastern und den Ufern, an denen weitere Fahrzeuge abgestellt waren, hin- und herbewegte. Dieses Bild stimmt mit den Angaben der Quelle überein, die Aufständischen würden den Treibstoff entnehmen, um die Tanklaster zu erleichtern und wieder fahrbereit zu machen. Der Umstand, dass die beiden Fahrzeuge neben den Lastwagen, bei denen es sich offensichtlich um einen Traktor und einen Pick-Up handelte, nicht bewegt wurden, deutet darauf hin, dass der Plan, die Laster aus dem Sand zu ziehen, nicht aufgegeben worden war.

Auf den Videobildern sind mit den zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten unmittelbar vor dem Bombenabwurf zwischen 30 bis 50 Personen zu erkennen, wobei der Generalbundesanwalt im Gegensatz zu den in der Taktischen Operationszentrale der Task Force 47 anwesenden Personen die Möglichkeit hatte, auch Standbilder zu betrachten. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass sich weitere Personen in oder unter den Tanklastern und in den Schleppfahrzeugen aufhielten. Die Quelle hatte von 50 bis 70 Aufständischen auf der Sandbank berichtet. Diese Zahlen ließen sich mit den Videobildern in Einklang bringen. Auch die Angabe der Quelle, es seien vier Taliban-Führer mit ihren Gruppen vor Ort, passte zu den übertragenen Videobildern, da die Stärke der einzelnen Taliban-Gruppen nach den Oberst Klein bekannten Erkenntnissen der Bundeswehr regelmäßig 15 bis 20 Personen betrug.

Oberst Klein hatte ausdrücklich befohlen, die Wirkung des Waffeneinsatzes auf die Sandbank zu begrenzen. Er hatte keine Anhaltspunkte dafür, dass die Waffenwirkung darüber hinausgreifen würde. Insbesondere hatte er dem JTAC befohlen, diesen Aspekt mit den Flugzeugbesatzungen zu erörtern, was dieser auch getan hatte.

d) Auch die dem Generalbundesanwalt vorliegenden schriftlichen Unterlagen bieten keine Anhaltspunkte dafür, dass Oberst Klein die Tötung oder Verletzung von Zivilisten oder die Beschädigung ziviler Objekte sicher erwartete.

Es handelt sich insbesondere um mehrere Information Reports, die der Zeuge Hauptmann X über die Angaben der Quelle gefertigt hatte, sowie das von dem Zeugen Hauptfeldwebel Y gefertigte Protokoll. Oberst Klein kannte diese Papiere vor der Anordnung des Bombenabwurfs nicht. Sie wurden aber von den in der Taktischen Operationszentrale der Task Force 47 anwesenden Personen im zeitlichen Zusammenhang gefertigt und können somit Aufschlüsse über den Kenntnisstand in der TOC geben.

Anhaltspunkte dafür, dass sich Zivilisten in der Nähe der Tanklastzüge befanden, ergeben sich aus keiner dieser Unterlagen. Vielmehr bestätigen sie die Angaben der Beschuldigten Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm sowie des Zeugen Hauptmann X, dass die Quelle ausschließlich von Taliban gesprochen und die Anwesenheit von Zivilpersonen ausdrücklich verneint habe. Das Protokoll fasst das auf den Videobildern erkennbare Geschehen in Worte und versieht es mit Zeitangaben. Auch aus dieser Unterlage ergeben sich nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür, dass die in der Taktischen Operationszentrale anwesenden Personen mit der Anwesenheit von Zivilisten rechneten.

Dem Generalbundesanwalt liegen insgesamt 164 Ordner mit Unterlagen aus dem Bundesministerium der Verteidigung und der Bundeswehr vor. Darin enthalten sind auch die ersten Meldungen des PRT Kunduz an das Einsatzführungskommando und das Bundesministerium der Verteidigung. Die Auswertung dieser Unterlagen belegt, dass zumindest bis in die frühen Morgenstunden des 04. September 2009 im PRT Kunduz

niemand von einer möglichen Schädigung von Zivilisten ausgegangen ist.

e) Eine theoretisch mögliche indizielle Bedeutung der Anzahl ziviler Opfer für die Erwartung des einen Luftangriff anordnenden Befehlshabers ist vorliegend nicht gegeben. Zum einen lässt sich die Zahl der durch den Bombenangriff tatsächlich getöteten und verletzten Personen, wie noch auszuführen sein wird (unten C. II.), ebenso wenig endgültig aufklären wie die Zahl der darunter befindlichen Taliban und Zivilisten. Vor allem aber begründete die Menge der zur Zeit des Bombenabwurfs anwesenden Personen unter den gegebenen Umständen keine Zweifel daran, dass Oberst Klein angenommen hat, es handele sich ohne Ausnahme um Taliban. Es war aufgrund der militärischen Bedeutung des Treibstoffs und der Tanklaster für die Taliban ausgesprochen naheliegend, dass diese innerhalb kurzer Zeit eine Anzahl von Kämpfern im unteren dreistelligen Bereich zusammengeführt hatten. Nach den Oberst Klein bekannten Erkenntnissen der Bundeswehr beläuft sich die Anzahl der aufständischen Taliban allein im Raum Kunduz auf mehrere hundert Personen. Aufgrund der umfassenden Versorgung der Taliban mit Mobiltelefonen können die Taliban schnell Gruppen von über 100 Aufständischen bilden. Nach der Auswertung der Videoaufzeichnung und der vorliegenden Geschädigtenlisten ist allerdings eher von einer Personenanzahl im mittleren zweistelligen Bereich auf der Sandbank auszugehen.

3. Der Umstand, dass entgegen der Erwartung von Oberst Klein tatsächlich doch Zivilisten vor Ort waren, wird in vergleichbaren zukünftigen Situationen von militärischen Befehlshabern bei ihrer Lageeinschätzung zu berücksichtigen sein.

II. <u>Anzahl der Geschädigten</u>

Die Anzahl der durch den Luftangriff getöteten und verletzten Menschen lässt sich nicht mehr mit endgültiger Sicherheit aufklären. Gleiches gilt für die Frage, bei wie vielen Opfern es sich um Taliban oder um Zivilisten handelt.

1. Die Auswertung des Videomaterials, das von den Luftfahrzeugen kurz vor dem Luftangriff aufgenommen wurde, führt mit den dem Generalbundesanwalt

zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten zu der Feststellung, dass zum Zeitpunkt des Luftangriffs ungefähr 30 bis 50 Personen auf der Sandbank zu erkennen sind, von denen sich mehr als 10 Personen nach den Einschlägen rasch in Richtung der Ufer bewegten. Es besteht allerdings die Möglichkeit, dass fliehende Personen so schwer verletzt wurden, dass sie später verstarben. Außerdem könnten sich Personen in oder unter den Tanklastzügen oder in den Schleppfahrzeugen aufgehalten haben, die auf den Videobildern nicht zu erkennen sind. Zudem kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch weitere Personen, die sich außerhalb der Bildaufzeichnung im Wasser oder am Flussufer, jedoch innerhalb des Radius der Waffenwirkung aufhielten, durch die Explosion verletzt oder getötet worden sein könnten, obwohl Oberst Klein ausdrücklich eine Beschränkung der Waffenwirkung auf die Tanklaster und die in deren unmittelbaren Nähe befindlichen Personen befohlen hatte. Auf den Videoaufzeichnungen ist allerdings zu erkennen, dass sich nach dem Bombenabwurf Fahrzeuge von den Ufern entfernten, was gegen eine erhebliche Auswirkung der Detonationen auf diese Örtlichkeiten spricht. Auch die Feststellungen der ISAF vor Ort geben keine Hinweise auf eine Schadenswirkung jenseits der Sandbank.

Die ISAF hat ebenfalls eine Auswertung der von den Jagdflugzeugen übertragenen Videobilder vorgenommen und ist dabei zu der Feststellung gelangt, dass etwa fünf Sekunden vor dem Aufschlag der Bomben 30 bis 40 Personen auf der Sandbank zu erkennen sind.

2. Die Quelle der Task Force 47 meldete sich ca. 10 Minuten nach dem Luftangriff gegen 02.00 Uhr und teilte mit, dass ungefähr 70 Personen ums Leben gekommen seien, darunter zwei Taliban-Führer. Zivilisten befänden sich nicht unter den Toten und Verletzten. Da ungewiss ist, wo sich die Quelle nach dem Luftangriff aufhielt, und nicht nachvollzogen werden kann, wie sie zu diesen Zahlen gelangt ist, können auch die Angaben der Quelle nicht für die exakte Bestimmung der getöteten und verletzten Personen herangezogen werden.

3. Am 04. September 2009 zwischen 12.30 Uhr und 13.30 Uhr fand eine Besichtigung des Angriffsorts durch Kräfte des PRT Kunduz statt. Als diese dort eintrafen, waren die Leichen durch Einheimische und Waffenreste durch die afghanische Polizei bereits abtransportiert worden. Eine exakte Feststellung der durch den Luftangriff getöteten Personen war den PRT-Kräften daher nicht mehr möglich. Die vorgefundenen Spuren ließen lediglich den Schluss auf 12 oder 13 getötete Personen zu.

4. Es liegen mehrere Untersuchungsberichte und Aufstellungen vor, die sich mit der Frage der durch den Luftangriff getöteten und verletzten Personen beschäftigen. Sie beruhen allesamt auf Befragungen von Dorfbewohnern aus der Umgebung, basieren aber nicht auf objektiven Kriterien wie einer Inaugenscheinnahme der Sandbank unmittelbar nach dem Bombenabwurf oder einer Auswertung von Videoaufnahmen.

   a) Nach dem Bericht der Regierungskommission der Islamischen Republik Afghanistan an Präsident Karzai sollen durch den Luftangriff insgesamt 99 Personen getötet worden sein, davon 69 Taliban und 30 Anwohner. Zudem sollen 20 Personen verletzt worden sein, davon 11 Taliban und 9 Zivilisten. Betroffen wären somit insgesamt 119 Personen, davon 80 Taliban und 39 Anwohner. Die Zahlen sind ausweislich des Berichts ausschließlich durch Befragung der Bewohner der benachbarten Dörfer, von Angehörigen und der Verletzten sowie einer Besichtigung des Ereignisortes zustande gekommen. Die Einschätzung, bei welchen Personen es sich um Taliban und bei welchen um Zivilisten handelt, beruht ausschließlich auf den Angaben der befragten Personen und auf Daten der Aufklärungs- und operativen Dienste, wobei aus dem Bericht nicht hervorgeht, wie diese Daten erhoben worden sind.

   b) Der ISAF-Untersuchungsbericht enthält zudem eine von afghanischen Sicherheitskräften erstellte Tabelle über mutmaßliche zivile Opfer, die das Datum 01. Oktober 2009 trägt. Danach sollen 72 Taliban getötet und 11 verletzt worden sein. Die Zahl der getöteten Zivilisten wird dort mit 30, die der verletzten Zivilsten mit 9 Personen angegeben. Angaben über die Erhebungsmethode enthält diese Tabelle nicht.

c) Ein eingestufter weiterer Bericht erwähnt, dass insgesamt 74 Dorfbewohner getötet und 16 Menschen verletzt worden seien, so dass die ermittelte Gesamtzahl der Geschädigten 90 Personen beträgt. Eine Differenzierung zwischen Taliban und Nicht-Taliban nimmt der Bericht nicht vor. [Darüber hinaus wurden verschiedene Motive dafür genannt, warum sich Personen bei den Tanklastzügen aufhielten, wo sie dem Luftangriff zum Opfer fielen - wird ausgeführt.] Die Verfasser selbst haben ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der vorgenannte Bericht nicht auf direkten Wahrnehmungen beruhe. Er beruhe vielmehr ausschließlich auf Gesprächen insbesondere mit der Zivilbevölkerung, Opfern und Familien.

d) Außerdem existiert eine Liste für die UN-Mission UNAMA, die zu 109 getöteten und 33 verletzten Personen, also insgesamt 142 geschädigten Personen, gelangt. Auch darin wird nicht zwischen Aufständischen und Zivilisten differenziert. Bezüglich dieser Liste ist bekannt, dass sie der UNAMA-Leiterin in Kunduz vom Manager des Distrikts Chahar Darreh überlassen worden sein soll. Erkenntnisse, wie diese Liste zu Stande gekommen ist, liegen nicht vor. Mit hoher Wahrscheinlichkeit dürfte sie ebenfalls auf Befragungen der Bewohner in den umliegenden Dörfern durch den Distriktmanager oder die Polizei beruhen. Eine Kommentierung seitens der UNAMA liegt nicht vor. Auch diese Liste ist daher nicht geeignet, auch nur ansatzweise die Zahl der Opfer unter den Taliban und der Zivilbevölkerung zu bestimmen.

e) Als Vertreter der Geschädigten hat sich Rechtsanwalt Karim Popal zur Akte gemeldet. Er teilt in seinem Schreiben vom 21. Januar 2010 mit, sein Recherche-Team gehe von zumindest 137 zivilen Opfern, 20 Verletzten und 22 Verschollenen aus. Wie diese Zahlen ermittelt wurden, ist nicht bekannt. Rechtsanwalt Popal gibt lediglich an, dass sein Team unter der Führung der Abgeordneten des Provinzrates von Kunduz, Frau Zaka, sechs Wochen lang recherchiert habe. In die von Rechtsanwalt Popal erstellte Liste seien allerdings nur Personen aufgenommen worden, die die Voraussetzung der Vorlage von Unterlagen und Dokumenten erfüllten. Diese nennt 113 getötete und 7 verletzte Personen.

5. Sämtliche auf Befragungen der Bewohner der umliegenden Dörfer beruhenden Listen enthalten erhebliche Unwägbarkeiten. Dies betrifft sowohl die Meldung von Opfern des Bombenabwurfs wie auch die Frage, ob es sich bei den Opfern um Taliban oder Zivilisten handelte. Insbesondere ist nicht zu erwarten, dass sich die Verletzten dazu bekennen, den Taliban anzugehören, oder Angehörige von Getöteten dies in Bezug auf ihre Familienmitglieder angeben. Hinzu kommt, dass auch pekuniäre Interessen und Propagandastrategien der Aufständischen eine Rolle spielen könnten.

6. Als sicher anzusehen ist, dass jedenfalls zwei namentlich bekannte Taliban-Führer getötet worden sind. Auch ist aufgrund der vorliegenden Unterlagen mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich zwei weitere namentlich bekannte Taliban-Führer am Ort des Geschehens aufhielten, aber entkommen konnten. Aufgrund der vorliegenden Berichte lässt sich zumindest der Schluss ziehen, dass sowohl Taliban als auch Zivilisten getötet worden sind, wobei die Zahl der Taliban unter den Opfern deutlich höher gewesen sein dürfte. Eine Anzahl von bis zu 142 Geschädigten ist aufgrund der vorliegenden Videoaufzeichnungen als einzigem objektiven Beweismittel ausgesprochen zweifelhaft. Ein Abgleich der Namen auf den vorhandenen Listen ergibt zudem, dass sich nur ungefähr 50 Personen durchgängig wiederfinden. Eine exakte Bezifferung ist angesichts unterschiedlicher Schreibweisen auch hier nicht möglich. Der Annäherungswert von etwa 50 Geschädigten lässt sich allerdings mit den Videobildern, den Angaben des Informanten und den am Tatort verbliebenen Spuren in Einklang bringen, so dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass insgesamt von etwa 50 Toten und Verletzten auszugehen ist. Eine weitere Aufklärung war und ist nicht möglich, weil der Einsatz moderner gerichtsmedizinischer Untersuchungen einschließlich notwendiger Exhumierungen und DNA-Analysen zur Überprüfung von Zeugenangaben angesichts der gesellschaftlichen und religiösen Auffassungen in der afghanischen Bevölkerung ausgeschlossen ist.

D. Rechtliche Würdigung der Strafbarkeit des Beschuldigten Oberst Klein

I. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Auslandstaten deutscher Soldaten ergibt sich aus § 1a Abs. 2 WStG, § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB und hinsichtlich von Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch auch aus § 1 VStGB.

II. Strafbarkeit nach dem Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)

Das Völkerstrafgesetzbuch ist auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar, da das gemeinsame Merkmal der Tatbestände des Abschnitts 2 des Gesetzes („Kriegsverbrechen"), nämlich der Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt, hier nichtinternationaler Art, gegeben ist. Gleichwohl hat sich Oberst Klein nicht nach dem Völkerstrafgesetzbuch strafbar gemacht, denn sein Verhalten erfüllt die weiteren Anforderungen der in Betracht kommenden Tatbestände nicht.

1. In Afghanistan liegt ein nichtinternationaler bewaffneter Konflikt im Sinne des Völkerstrafgesetzbuches (§§ 8 ff. VStGB) und des humanitären Völkerrechts vor:

    a) Das zentrale Tatbestandsmerkmal des „bewaffneten Konflikts" knüpft allein an die tatsächlichen Gegebenheiten an und ist unabhängig von (Kriegs-) Erklärungen oder politischen Willensbekundungen der beteiligten Konfliktparteien. Erforderlich ist eine Auseinandersetzung von gewisser Intensität zwischen Staaten (internationaler bewaffneter Konflikt) oder zwischen einer Staatsgewalt und Gruppierungen oder Organisationen innerhalb eines Staatswesens oder zwischen verschiedenen Gruppierungen innerhalb eines Staates (nichtinternationaler bewaffneter Konflikt), bei der die Konfliktparteien gegenseitig Waffengewalt einsetzen (vgl. Ambos in MünchKomm-StGB, vor § 8 VStGB Rdnr. 22). Für die Klassifikation bewaffneter Auseinandersetzungen mit nichtstaatlichen Gewaltakteuren ist es rechtlich unerheblich, wie die Beteiligten politisch eingeordnet werden, wie sie sich selbst oder ihre Aktionen bezeichnen und welche Motive sie antreiben (Schaller, Humanitäres Völkerrecht und nicht-staatliche Gewaltakteure, SWP-Studie 2007, S. 10).

aa) Die von der NATO geführten internationalen Truppen der ISAF halten sich auf Wunsch und mit Billigung der afghanischen Regierung im Lande auf, sodass eine völkerrechtlich wirksame Zustimmung des Territorialstaates für den ISAF-Einsatz vorliegt. Völkerrechtlich ist der Konflikt daher trotz der Beteiligung internationaler Truppen als nichtinternational zu qualifizieren, weil die ISAF auf Seiten der Staatsgewalt Afghanistans kämpft (vgl. Ambos a.a.O. Rdnr. 32, Schaller a.a.O. S. 14f.).

bb) Der Begriff des nichtinternationalen bewaffneten Konflikts ist im VStGB oder in den vier Genfer Abkommen (GA I bis IV) und den zwei Zusatzprotokollen (ZP I, II), die den Kern des humanitären Völkerrechts bilden, nicht definiert (vgl. Schaller a.a.O. S. 11). Nach allgemeiner Meinung ist die Schwelle vom innerstaatlichen Friedenszustand zum nichtinternationalen bewaffneten Konflikt überschritten, wenn nicht mehr lediglich Fälle innerer Unruhen und Spannungen vorliegen, die durch Tumulte und vereinzelt auftretende Gewalttaten gekennzeichnet sind (vgl. die Negativdefinition des Art. 1 Abs. 1 ZP II). Es muss sich vielmehr um eine mit Waffengewalt ausgetragene Auseinandersetzung innerhalb eines Staatsgebiets handeln, die das Ausmaß eines bewaffneten Aufstandes oder eines Bürgerkrieges erreicht (vgl. Greenwood in Fleck, The Handbook of the Humanitarian Law in Armed Conflicts, 2.Aufl. Rdnr. 210). Zur Abgrenzung von gewöhnlicher Kriminalität, unorganisierten und kurzlebigen Aufständen oder bloßen terroristischen Aktivitäten ist auf die Intensität des Konflikts, insbesondere auf das Vorliegen massiver systematischer Gewaltanwendung und die Organisation der Konfliktparteien abzustellen (vgl. Ambos a.a.O. Rdnr. 22 m.w.N.; Herdegen, Völkerrecht, 8. Auflage 2009, S. 387f.; Stein/von Buttlar, Völkerrecht, 11. Auflage 2005, Rdnr. 1273). Nichtstaatliche Konfliktparteien, wie oppositionelle Aufstandsbewegungen oder Gruppen müssen über einen bestimmten Organisationsgrad verfügen, der sie dazu befähigt, auf der Basis militärischer Disziplin und faktischer Autorität anhaltende und konzentrierte militärische Operationen zu planen und durchzuführen (Ambos a.a.O. Rdnr. 23).

Das VStGB setzt bei der zeitlichen Komponente eines bewaffneten Konflikts voraus, dass die Kampfhandlungen sich über eine gewisse Dauer erstrecken (Ambos a.a.O. Rdnr. 25; Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/8524 S. 25). Das bedeutet nicht, dass ununterbrochen militärische Operationen durchzuführen wären. Die mit Waffengewalt ausgetragenen Feindseligkeiten müssen aber regelmäßig einen Zeitansatz aufweisen, der deutlich über Stunden und Tage hinausreicht (siehe aber auch Inter-American-Commission on Human Rights, Report Nr. 55/97 Case-Nr. 11137 Argentina, bei der ein nur zwei Tage dauernder Angriff auf eine Militärkaserne wegen der besonderen Intensität als bewaffneter Konflikt bewertet wurde).

Die noch von Art. 1 Abs. 1 ZP II geforderte Kontrolle einer organisierten bewaffneten Gruppe über einen Teil des Hoheitsgebietes hat das VStGB in Übereinstimmung mit der mittlerweile erweiterten gewohnheitsrechtlichen Auffassung und der ständigen Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofes für das ehemalige Jugoslawien nicht übernommen (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/8524 S. 25).

b) Diese Maßstäbe zugrunde gelegt, sind die aufständischen Taliban und die mit ihnen assoziierten Gruppen völkerrechtlich als Konfliktspartei zu qualifizieren, die mit ausreichend strategischen, personellen, militärischen und propagandistischen Fähigkeiten und Kapazitäten ausgestattet ist, um die afghanische Regierung und die ISAF in einen bewaffneten Konflikt zu verwickeln, der seit Jahren besteht und sich zunehmend verstärkt. Die Aufstandsbewegung bringt mit unterschiedlicher Intensität in den einzelnen Landesteilen Afghanistans eine komplexe Agenda von propagandistisch vorbereiteten und begleiteten militärischen Offensiven, Guerillataktiken und terroristischen Methoden zur Entfaltung (siehe auch die ausführliche Beschreibung des Aufstandes in Afghanistan von Ruttig, The Other Side in Afghanistan Analysts Network, Juli 2009). Der Kommandeur der ISAF stellte in einem Bericht dementsprechend auch fest, dass ein stabil wachsender Aufstand vorliege mit dem Risiko, dass eine erfolgreiche Bekämpfung nicht länger möglich sei, wenn der Kampf der ISAF nicht die Initiative zurückgewinne.

c) Die Frage des Beginns des nichtinternationalen bewaffneten Konflikts in Afghanistan kann letztlich dahingestellt bleiben. Es ist - ungeachtet der nach dem Dezember 2001 mehr oder weniger nahtlos festzustellenden Auseinandersetzungen mit Widerstandsgruppierungen - jedenfalls davon auszugehen, dass ein solcher spätestens seit 2005, mit hoher Wahrscheinlichkeit im Zuge der sich intensivierenden militärischen Kämpfe jedoch schon zwei bis drei Jahre vorher bestanden hat.

Es bedarf auch keiner letztendlichen Klärung, ob ein innerstaatlicher bewaffneter Konflikt wie in Afghanistan konfliktsvölkerrechtlich auf bestimmte Regionen eines Staatsgebietes begrenzt werden kann (gegen eine derartige Annahme siehe insbesondere Ambos a.a.O. Rdnr. 26 m.w.N.), weil auch im Norden Afghanistans, dem Einsatzgebiet der Bundeswehr, spätestens seit Anfang 2009 die Schwelle des bewaffneten Konflikts wegen der entsprechenden militärischen Aktivitäten der Aufständischen überschritten wurde. Gleichwohl sprechen die Grundintentionen des humanitären Völkerrechts und kaum überwindliche tatsächliche Abgrenzungsprobleme dafür, dass ein Völkerrechtsubjekt wie Afghanistan - einschließlich seiner Verbündeten - stets nur als territoriales Ganzes in einen nichtinternationalen Konflikt verwickelt sein kann. Die Konfliktsverläufen immanente Dynamik, die durch das An- und Abschwellen der Intensität der Auseinandersetzungen und das Erreichen verschiedener Eskalationsstufen gekennzeichnet ist, sowie die damit zusammenhängenden geografischen Verschiebungen und Verlagerungen von Kampfzonen, Angriffszielen, Aufmarsch-, Rückzugs- und Logistikgebieten geben Versuchen, innerhalb eines Staatsgebietes zwangsläufig tagesaktuell rechtlich in Konflikts- und Friedensgebiete unterscheiden zu wollen, ein eher theoretisches und interessengeleitetes Gepräge.
Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass es vereinzelte Stimmen in der Völkerstrafrechtswissenschaft gibt (Waxman in: The War in Afghanistan: A Legal Analysis, Newport 2009, S. 343, 348), wonach der von Oktober bis Dezember 2001 durch die US-Intervention ausgelöste internationale bewaffnete Konflikt, der selbstverständlich das gesamte Land umfasse, nach wie vor andauere.

d) Das Vorliegen eines nichtinternationalen bewaffneten Konflikts führt zur Anwendung des Völkerstrafgesetzbuches und über Art. 25 GG des gesamten Konfliktsvölkerrechts. Das bedeutet, dass die Soldaten der Bundeswehr im Rahmen des ISAF-Einsatzes - im Gegensatz zu den Aufständischen - reguläre Kombattanten sind, die für völkerrechtlich zulässige Kampfhandlungen nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können (vgl. BT-Drs. 14/8524 S. 13).

2. Zusammenhang

Der Luftangriff vom 04. September 2009 erfolgte „im Zusammenhang mit dem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt“ in Afghanistan. Der erforderliche funktionale Kontext mit dem Konflikt (vgl. Ambos a.a.O. Rdnrn. 34ff.; Werle a.a.O. Rdnrn. 971ff. m.w.N.; Zimmermann/Geiß in MünchKomm-StGB, § 8 VStGB Rdnr. 111; Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/8524 S. 25) ist gegeben, weil der Bombenabwurf von Oberst Klein in seiner Eigenschaft als Kommandeur des PRT-Kunduz zur Verfolgung seines militärischen Auftrags im Rahmen des Konflikts mit den Taliban angeordnet wurde und nicht etwa lediglich bei Gelegenheit der Auseinandersetzung mit den Aufständischen (s. Zimmermann/Geiß a.a.O. Rdnr. 112 m.w.N.).

3. Strafbarkeit gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB

a) Der objektive Tatbestand des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB ist erfüllt, weil er lediglich voraussetzt, dass im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt (vgl. oben C II 1 und 2) mit militärischen Mitteln ein Angriff durchgeführt wird.

Unter einem Angriff ist nach Art. 49 Abs. 1 ZP I eine Gewaltanwendung gegen den Konfliktsgegner zu verstehen. Zwar gilt das Zusatzprotokoll I nur für internationale bewaffnete Konflikte. Die Angriffsdefinition wird aber kraft Völkergewohnheitsrecht auch auf den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt erstreckt (vgl. Dörmann in MünchKomm StGB, 1. Auflage 2009, § 11 VStGB, Rdnr. 31; Werle, Völkerstrafrecht, 2. Auflage 2007, Rdnr. 1172). Bei dem Abwurf von zwei 500 Pfund-Bomben handelte es sich um eine mit militärischen Mitteln durchgeführte Gewaltanwendung.

Die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB setzt nicht voraus, dass zivile Kollateralschäden tatsächlich eingetreten sind (Dörmann, a.a.O. Rdnr. 81; Werle a.a.O. Rdnr. 1164, Safferling/Kirsch, JA 2010, S. 81, 84). Sie können lediglich als Anhaltspunkte für die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes relevant sein (vgl. Dörmann a.a.O. Rdnr. 81). Die Erfolgsqualifikation des § 11 Abs. 2 VStGB für den Fall, dass Zivilpersonen oder andere vom humanitären Völkerrecht geschützte Personen tatsächlich zu Schaden kommen, setzt voraus, dass der Grundtatbestand des § 11 Abs. 1 VStGB vollständig, vor allem auch in subjektiver Hinsicht gegeben ist.

b) Der subjektive Tatbestand des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB, nach dem der Täter als sicher erwartet haben muss, dass der Angriff die Tötung oder Verletzung von Zivilpersonen oder die Beschädigung ziviler Objekte in einem Ausmaß verursachen wird, das außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht, ist nicht erfüllt. Erforderlich ist direkter Vorsatz (dolus directus) (Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/8524, S. 34, Dörmann a.a.O. Rdnr. 152; Safferling/Kirsch, JA 2010, S. 81, 84). Der Täter muss ein militärisches Ziel angreifen wollen und dabei zum einen „als sicher erwarten“, dass er durch diesen Angriff „Kollateralschäden“ herbeiführt. Zum anderen muss er erwarten, dass diese „Kollateralschäden“ außer Verhältnis zum erwarteten militärischen Vorteil stehen.

Nach der glaubhaften Einlassung des Beschuldigten Oberst Klein erwartete er mit Sicherheit, dass durch den Bombenangriff ausschließlich die Tanklastwagen, bis zu 70 in der Nähe der Tanklaster auf der Sandbank befindliche Taliban und die beiden neben den Tanklastern stehenden Schleppfahrzeuge getroffen würden. Insoweit handelt es sich nicht um Zivilpersonen oder zivile Objekte im Sinne des Gesetzes. Da der Beschuldigte davon ausging, dass nur Aufständische vor Ort waren, erwartete er die Schädigung von Zivilpersonen demgegenüber nicht nur nicht mit der von § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB geforderten Sicherheit, sondern überhaupt nicht. Die Frage, ob erwartete zivile Schäden zu dem insgesamt erwarteten militärischen Vorteil außer Verhältnis stehen, stellt

sich somit vorliegend im Rahmen der Prüfung des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB von vornherein nicht.

Hinsichtlich der Vorsatzelemente des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB ist Folgendes zu berücksichtigen:

aa) Aufständische, die sich kontinuierlich an dem bewaffneten Konflikt beteiligen, wie hier die Taliban, sind keine Zivilpersonen, sondern legitime militärische Ziele, die auch außerhalb laufender Feindseligkeiten angegriffen werden dürfen.

Für den internationalen bewaffneten Konflikt enthält Art. 50 Abs. 1 des ZP I eine Definition des Begriffes „Zivilperson“. Danach ist als Zivilperson jede Person anzusehen, „die keiner der in Art. 4 Buchstabe A. Absätze 1, 2, 3 und 6 des III. Abkommens und in Artikel 43 dieses Protokolls bezeichneten Kategorien angehört“. Folglich sind Angehörige der Streitkräfte oder eines organisierten bewaffneten Verbandes (Milizen und Freiwilligenkorps) einer Konfliktpartei bzw. Angehörige einer levée en masse keine Zivilpersonen (Dörmann a.a.O. Rdnr. 35).

Im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt handelt es sich bei den Kämpfern der nicht-staatlichen Konfliktpartei nicht um Soldaten wie bei einer staatlichen Armee, die bereits äußerlich durch Uniform, Rangabzeichnen u.ä. gekennzeichnet und deren Hierarchie, Befugnisse, Gehaltsansprüche etc. normativ geregelt sind, sondern um Personen, die ihren Status allein durch ihre funktionale Eingliederung in bewaffnete Gruppen mit gewissem organisatorischem Zusammenhalt erlangen. Häufig werden sie neben- oder hauptberuflich einer zivilen Beschäftigung nachgehen („farmer by day, fighter by night“). Dennoch sind sie nach geltendem Völkerrecht nicht als Zivilisten anzusehen, die nur im engen zeitlichen Rahmen einer bewaffneten Auseinandersetzung in die Rolle des bewaffneten Kämpfers schlüpfen und somit nur in diesem Rahmen legitimes Ziel eines militärischen Angriffs wären. Haben sie sich einer organisierten bewaffneten Gruppe in einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt funktional als Kämpfer ange-

schlossen, behalten sie vielmehr den Status als bewaffneter Kämpfer in diesem Konflikt solange bei, bis sie eindeutig und endgültig ihre Funktion aufgeben (vgl. Ambos in MünchKomm StGB vor §§ 8 ff. VStGB Rdnr. 41 m.w.N., Dörmann a.a.O. Rdnr. 37; Fleck in: Handbook of International Humanitarian Law, 2. Aufl., Rdnr. 1203, Abs. 2; Schaller SWP-Aktuell 67 (2009), S. 5; ICRC: Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law; Genf 2009 S. 28, 32-35, 71-73 - im Folgenden: ICRC-Guidance). Die früher in der Literatur vertretene Auffassung, sie seien als Zivilisten anzusehen, die nur während ihrer Teilnahme an einer Feindseligkeit angegriffen werden dürfen (vgl. die Nachweise bei Safferling/Kirsch JA 2010, 81, 83; Rogers in: Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law, Cambridge 2007, S. 101, 115), ist jedenfalls seit Veröffentlichung der Leitlinien des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz im Juni 2009 (Guidance a.a.O.; zur Bedeutung für die Auslegung des Völkerrechts vgl. Dörmann in MünchKomm StGB § 11 VStGB Rdnr. 39; Kreß in FAZ vom 13. August 2009 S. 6; ICRC-Guidance S. 6) als nicht mehr repräsentative Mindermeinung anzusehen. Der Staatenpraxis in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten entsprach diese Auffassung nie, zudem ist sie mit dem Grundgedanken des als Gewohnheitsrecht allgemein anerkannten Unterscheidungsgebots nicht vereinbar (vgl. im einzelnen ICRC-Guidance S. 19, 22, 28).

Die Tanklaster waren von einer organisierten Gruppe bewaffneter Taliban entführt worden, deren Mitglieder demnach keine Zivilpersonen waren. Oberst Klein erwartete nach dem Ergebnis der hier durchgeführten Beweisaufnahme (vgl. C. I.) auch nicht, dass andere Personen als Aufständische durch den Bombenabwurf geschädigt würden.

bb) Bei den beiden Tanklastern, dem von diesen transportierten Treibstoff und den beiden in unmittelbarer Nähe zu den Tanklastern befindlichen Fahrzeugen handelte es sich zur Zeit des Abwurfbefehls nach den Grundsätzen des Konfliktsvölkerrechts um legitime militärische Ziele. Oberst Klein hatte die Zerstörung der Tanklastwa-

gen und des Treibstoffs neben der Tötung der Taliban bezweckt, die Zerstörung der unmittelbar bei den Tanklastern befindlichen Fahrzeuge zumindest sicher erwartet. Weitere zivile Objekte befanden sich nicht im Wirkungsbereich der Bomben. Eine Zerstörung der am Flussufer abgestellten Fahrzeuge hatte Oberst Klein ausdrücklich untersagt und eine solche auch nicht erwartet. Die Fahrzeuge wurden - soweit ersichtlich - durch den Bombenabwurf tatsächlich nicht beschädigt. Das ungefähr 250 Meter entfernte Gehöft und das mit einem Abstand von ungefähr 850 Metern nächstgelegene Dorf befanden sich außerhalb der Wirkungsweite der beiden 500-Pfund-Bomben, deren Einsatz Oberst Klein befohlen hatte.

Zivile Objekte sind gemäß Art. 52 Abs. 1 Satz 2 ZP I und gemäß Völkergewohnheitsrecht alle Objekte, die nicht militärische Ziele sind (vgl. Dörmann a.a.O. Rdnr. 46). Als militärisches Ziel gelten nach Art. 52 Abs. 2 ZP I nur solche Objekte, die aufgrund ihrer Beschaffenheit, ihres Standorts, ihrer Zweckbestimmung oder ihrer Verwendung wirksam zu militärischen Handlungen beitragen und deren vollständige oder partielle Zerstörung, Inbesitznahme oder Neutralisierung zum betreffenden Zeitpunkt unter den gegebenen Umständen einen eindeutigen militärischen Vorteil darstellt. Alle anderen Objekte haben zivilen Charakter (Dörmann a.a.O. Rdnr. 46). In Fällen, in denen nichtstaatliche Gewaltakteure gezielt zivile Objekte für militärische Zwecke nutzen, können auch ursprünglich zivile Objekte unter den in der Definition aufgeführten Voraussetzungen ihren Schutz verlieren und zum Ziel rechtmäßiger Angriffe werden (Schaller, Probleme bei der Einhaltung humanitär-völkerrechtlicher Verpflichtungen im Einsatz gegen nichtstaatliche Gewaltakteure, SWP-Studie 2007, S. 24).

Die Tanklastzüge und der Treibstoff waren zunächst zivile Objekte. Mit der Entführung durch die Taliban wurden sie militärische Ziele, weil sie ab diesem Zeitpunkt geeignet waren, wirksam zu feindlichen militärischen Handlungen beizutragen. Der Treibstoff konnte zur Betankung der für Anschläge verwendeten Fahrzeuge und in Verbindung mit Sprengmitteln als behelfsmäßiger Sprengsatz ver-

wendet werden. Er ist somit auf jeden Fall ein militärisches Ziel, denn seine Vernichtung stellt einen erheblichen militärischen Vorteil dar. Auch die Tanklastzüge stellten ein militärisches Ziel dar (so auch Safferling/Kirsch, JA 2010, S. 81, 84). Denn diese können für Anschläge mit fahrzeuggestützten Sprengvorrichtungen verwendet werden, wie es im Jahr 2009 bis zum 04. September 2009 in Afghanistan bereits fünfmal geschehen war. Unerheblich ist, dass die Tanklastzüge auf der Sandbank festgefahren waren. Oberst Klein wollte eine künftige Bewegung der Fahrzeuge verhindern. Es bestand die Gefahr, dass die Aufständischen die Fahrzeuge freibekommen und zu militärischen Zwecken nutzen würden. Deshalb waren sie zu dem Zeitpunkt, als Oberst Klein den Abwurf der Bomben anordnete, keine zivilen Objekte.

Gleiches gilt für die beiden Fahrzeuge, die sich zum Zeitpunkt des Bombenabwurfs in unmittelbarer Nähe der Tanklastwagen befanden. Aufgrund ihres konkreten Gebrauchs sollten sie einen effektiven Beitrag zu militärischen Aktionen der Taliban leisten.

Eine Strafbarkeit nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB scheidet daher aus.

4. Sonstige Tatbestände des VStGB

Oberst Klein hat sich auch nicht gemäß sonstiger Tatbestände des Völkerstrafgesetzbuches strafbar gemacht. Die §§ 8 Abs. 1 Nr. 1 und 11 Abs. 1 Nr. 1 VStGB erfassen Sachverhalte wie den Vorliegenden nicht.

a) § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB stellt die Tötung einer nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person unter Strafe. Nach der Legaldefinition des § 8 Abs. 6 Nr. 2 VStGB sind als solche Personen im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt Verwundete, Kranke, Schiffbrüchige sowie Personen anzusehen, die nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen und sich in der Gewalt der gegnerischen Partei befinden. Mit "in der Gewalt der gegnerischen Partei" befindlichen Personen wollte der Gesetzgeber vor allem die im Parallelfall des internationalen bewaff-

neten Konflikts als Kriegsgefangene bezeichneten Personen erfassen (Zimmermann/Geiß in MünchKommStGB § 8 VStGB Rdnrn. 62, 92 ; Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/8524 S. 30). Bei den Opfern des Bombenabwurfs handelte es sich jedoch nicht um in Gefangenschaft gehaltene, sondern um in Freiheit befindliche Personen. Der Tatbestand des § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB greift mithin für einen Sachverhalt wie den Vorliegenden von vornherein nicht.

b) Eine Strafbarkeit nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 VStGB (Angriff gegen die Zivilbevölkerung als solche oder gegen einzelne zivile Personen, die nicht an den Feindseligkeiten unmittelbar teilnehmen) scheidet aus. Wie ausgeführt war der Angriff nicht gegen Zivilpersonen als solche, sondern gegen militärische Ziele gerichtet. Wenn Zivilisten als Nebenfolge eines solchen militärischen Angriffs zu Schaden kommen, kann eine Strafbarkeit nach dem VStGB sich nur aus § 11 Abs. 1 Nr. 3, nicht aus § 11 Abs. 1 Nr. 1 VStGB ergeben (vgl. Dörmann in MünchKommStGB § 11 VStGB Rdnr. 28).

III. Strafbarkeit nach allgemeinem Strafrecht

Oberst Klein ist auch nicht wegen Straftaten nach dem allgemeinen Strafrecht strafbar.

1. Anwendbarkeit des allgemeinen Strafrechts

Die Deliktstatbestände des allgemeinen Strafrechts sind auch im Anwendungsbereich des VStGB nicht ausgeschlossen. Dem stehen weder das Bestimmtheitsgebot noch die Regelungen des VStGB, die nicht abschließend sind, entgegen.

a) Soweit ersichtlich, ist die Anwendbarkeit der Tatbestände des allgemeinen Strafrechts im Anwendungsbereich des VStGB in der Fachliteratur noch nicht in Frage gestellt worden, sondern wird ohne Weiteres vorausgesetzt (vgl. Ambos in MünchKomm-StGB vor §§ 8 ff. VStGB Rdnr. 45; Weigend in MünchKomm-StGB § 2 VStGB Rdnr. 7; Safferling/Kirsch JA 2010, 81, 85; Werle Völkerstrafrecht, 2. Aufl. Rdnr 306). Erstmalig hat nunmehr Bothe in der Tagespresse (SZ vom

15. Dezember 2009 S. 13) eine entgegenstehende Position vertreten. Er hält die Anwendbarkeit des allgemeinen Strafrechts bei militärischen Handlungen im Rahmen eines bewaffneten Konflikts für nicht mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar. Diese Auffassung überzeugt bereits im Hinblick auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung nicht. Träfe sie zu, wären vor dem Inkrafttreten des VStGB im Jahre 2002 Kriegsverbrechen nach deutschem Strafrecht nicht strafbar gewesen. Dem war jedoch nicht so. Für Kriegsverbrechen hat bereits das Reichsgericht in den sogenannten Leipziger Prozessen der 20-er Jahre des 20. Jahrhunderts die Straftatbestände des besonderen Teils des StGB zur Anwendung gebracht, wobei ein nach dem Völkergewohnheitsrecht zulässiges Verhalten als gerechtfertigt anzusehen ist (vgl. Ambos a.a.O. Rdnr. 6; Werle a.a.O. Rdnr. 11 m.w.N.). An dieser Rechtslage hat sich nach ganz herrschender Meinung auch unter der Geltung des Grundgesetzes nichts geändert, (vgl. BGHSt 15, 214, 215; 23, 103, 105 ff.; Gesetzesbegründung VStGB BT-Drs. 14/8524 S. 13; Lenckner in Schönke-Schröder StGB 27. Aufl. Vorbem. §§ 32 ff. Rdnr. 91; Maurach-Schroeder-Maiwald Strafrecht BT I S. 33; Schwenk in Festschrift Lange S. 97 ff.). Ausgangspunkt dieser ganz herrschenden Meinung waren zwar Fälle des internationalen bewaffneten Konflikts. Nach der Entwicklung des Konfliktsvölkerrechts während der letzten Jahrzehnte, die in wesentlichen Fragen zu einer rechtlichen Gleichstellung der internationalen und der nichtinternationalen bewaffneten Konflikte geführt hat (vgl. Gesetzesbegründung VStGB a.a.O. S. 24; Ambos a.a.O. Rdnr. 1 mit Hinweisen zur Rspr. des Jugoslawien-Strafgerichtshofs; ders. NStZ 1999, 226, 228 ff; Dörmann MünchKomm-StGB § 11 VStGB Rdnr. 15; Kreß EuGRZ 1996, 638, 645, 648; Oeter in Fleck: Handbook of International Humanitarian Law 2. Aufl. Rdnr. 404 Abs. 6, 441 Abs. 1; Schaller SWP-Aktuell 67 (2009) S. 4; Weigend FS Eser S. 955, 971 f.; Werle ZStW 109 (1997), 808, 818 ff.), ist kein Grund dafür ersichtlich, dass für den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt anderes gelte.

b) Durchgreifende Bedenken aus dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) ergeben sich hiergegen nicht. Dieser fordert, dass die Strafandrohung, vermittelt durch Tatbestand, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, in ihrem wesentlichen Gehalt durch die Gesetze festgelegt wird (vgl. BVerfGE 45, 363, 371; 86, 288,

311). Vorliegend steht die Bestimmtheit der strafrechtlichen Tatbestände als solche außer Frage, erörterungswürdig ist nur, ob die Rechtfertigung durch Völkerrecht, das über Art. 25 GG unmittelbar gilt, den Bestimmtheitsanforderungen genügt.

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass nach der herrschenden Auffassung in der Literatur vieles dafür spricht, dass an strafbarkeitsregulierende Korrektive wie die Rechtfertigungsgründe geringere Bestimmtheitsanforderungen zu stellen sind als an die strafbarkeitsbegründenden Merkmale (vgl. Nolte in v. Mangoldt-Klein-Starck GG 5. Aufl. Art. 103 Rdnr. 147; Pieroth in Jarass/Pieroth GG 9. Aufl. Art. 103 Rdnr. 48; Degenhart in Sachs GG 5. Aufl. Art. 103 Rdnr. 69a; Rudolphi in SK-StGB § 1 Rdnr. 14; Roxin Strafrecht AT I 3. Aufl. § 5 Rdnr. 78, jeweils m. w. N.; vom Bundesverfassungsgericht bislang noch nicht entschieden, vgl. BVerfGE 45, 363, 371).

Zudem ist hinsichtlich des Völkerrechts als speziellem Rechtfertigungsgrund für militärisches Handeln Besonderes zu beachten. Die rechtfertigende Wirkung des Völkerrechts für militärische Handlungen, insbesondere die Zerstörung militärischer Ziele, sei es durch Tötung feindlicher Kämpfer oder die Schädigung von Sachwerten, war bereits vor Inkrafttreten des Grundgesetzes anerkannt. Das Grundgesetz hat an dieser vorgefundenen Rechtslage nichts ändern wollen (vgl. BVerfGE 77, 170, 171, 232 f. zur Rechtmäßigkeit der militärischen Verwendung von C-Waffen). Damit kann der Bestimmtheitsgrundsatz von vornherein nur greifen, wenn sich an dieser Rechtslage Änderungen ergeben, etwa durch eine Fortentwicklung des humanitären Völkerrechts, die dazu führt, dass bislang zulässiges militärisches Verhalten nicht mehr als gerechtfertigt erscheint. Auch hier greift Artikel 103 Abs. 2 GG aber nicht, da die Doppelfunktion der Norm nicht tangiert wird. Die Vorschrift soll zum einen sicherstellen, dass die Normadressaten vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist (stRspr. vgl. BVerfGE 41, 314, 319; 45, 346, 351; 47, 109, 120; 64, 389, 393 f.; 75, 329, 341), zum anderen soll sie gewährleisten, dass der Gesetzgeber die ihm zustehenden Entscheidungszuständigkeiten über strafbares Verhalten wahrnimmt (vgl. BVerfGE 75, 329, 341; 105, 135, 153, 160; Nolte a.a.O. Rdnr. 140 m. w. N.). Im Hinblick auf beide Zwecke ist zu be-

rücksichtigen, dass gemäß Art. 25 GG die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts sind. Zu Änderungen dieser allgemeinen Regeln kommt es naturgemäß nur infolge langfristiger Entwicklungen. Für die Betroffenen mögen diese sogar besser zu erkennen und im Blick zu behalten sein als die wesentlich häufigeren und kurzzeitigeren Aktivitäten des nationalen Gesetzgebers. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann zudem von Adressaten berufsspezifischer Normen, hier Soldaten, in der Regel erwartet werden, dass sie über die für die Ausübung ihres Berufs erforderlichen fachspezifischen Kenntnisse verfügen und sich in Zweifelsfällen kundig machen (vgl. BVerfGE 48, 48, 57; 75, 329, 345; BVerfG NStZ-RR 2002, 22). An der Vorhersehbarkeit der Unrechtstatbestände besteht somit kein durchgreifender Zweifel (ebenso Oeter in Fleck: Handbook of International Humanitarian Law, 2. Aufl. Rdnr. 457 Abs. 5). Auch der weitere Normzweck, den Gesetzgeber zur Wahrnehmung der ihm zustehenden Kompetenzen im Bereich des Strafrechts zu bewegen, greift vorliegend nicht, da im Anwendungsbereich des Artikels 25 GG gerade keine Entscheidungskompetenz des nationalen Gesetzgebers besteht. Der Bestimmtheitsgrundsatz steht somit unter keinem Gesichtspunkt der Anwendbarkeit des allgemeinen Strafrechts für militärische Verhaltensweisen im Wege.

c) Das VStGB steht auch nicht als abschließende Regelung der Anwendung der allgemeinen Strafvorschriften entgegen. Hätte der Gesetzgeber dies erreichen wollen, hätte es nahe gelegen, im Zusammenhang mit der Einführung des VStGB eine entsprechende Regelung im Gesetz zu treffen oder zumindest in der Gesetzesbegründung eine derartige Klarstellung vorzunehmen. Der Gesetzgeber hat aber stattdessen die Weitergeltung des allgemeinen Strafrechts ausdrücklich angeordnet (§ 2 VStGB). Die Gesetzesbegründung zu § 2 VStGB stellt klar, dass dies auch für den Besonderen Teil des Strafgesetzbuches gilt (Gesetzesbegründung VStGB a.a.O. S. 14), bei Kriegsverbrechen mit Todesfolge kommt nach den Erläuterungen insbesondere eine Strafbarkeit nach §§ 211 ff. StGB in Betracht (Gesetzesbegründung VStGB a.a.O. S. 33). Im Einklang damit ist den allgemeinen Erläuterungen zur Einführung des VStGB zu entnehmen, dass gegenüber dem vorher geltenden Recht keine Strafmilderungen oder Privilegierungen beabsichtigt waren, son-

dern vielmehr in Anlehnung an die Straftatbestände des ISTGH-Statuts besonders schwere Straftaten nach dem Konfliktsvölkerrecht spezialgesetzlich herausgehoben werden sollten (Gesetzesbegründung a.a.O. S. 12 f.). Damit sollte insbesondere die vorrangige innerstaatliche Strafverfolgung sichergestellt werden. Die allgemeinen Straftatbestände sollen nach der Konzeption des VStGB nur insoweit zurücktreten, als allgemeine Konkurrenzregeln greifen (Gesetzesbegründung a.a.O. S. 13). Sind jedoch einzelne Merkmale der Tatbestände des VStGB, etwa im subjektiven Bereich, nicht gegeben, treten nach den allgemeinen Konkurrenzregeln die Tatbestände des allgemeinen Strafrechts wieder hervor.

2. Kompetenz des GBA

Der Generalbundesanwalt ist zur Prüfung und abschließenden Entscheidung auch soweit befugt als dem Anwendungsbereich des VStGB unterfallende militärische Handlungen („Kriegsverbrechen“) mangels Erfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale nach dem VStGB nicht strafbar sind, jedoch eine Strafbarkeit nach dem StGB in Betracht kommt.

a) § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG sieht über § 142a Abs. 1 GVG die Verfolgungszuständigkeit des Generalbundesanwalts „bei Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch“ vor. Nach dem Wortlaut der Norm kann dies verstanden werden in einem engen Sinne, „wenn Strafbarkeit nach VStGB gegeben ist“, oder in einem weiten Sinne, „wenn der Anwendungsbereich des VStGB eröffnet ist“. Der Anwendungsbereich des VStGB ist in dem hier interessierenden Zusammenhang immer dann eröffnet, wenn das gemeinsame Tatbestandsmerkmal der Delikte des Abschnitts 2 des VStGB - „Kriegsverbrechen“ - gegeben ist, nämlich der Zusammenhang der Tat mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt (vgl. Gesetzesbegründung VStGB a.a.O. S. 25; Ambos in MünchKomm-StGB vor §§ 8 ff. VStGB Rdnrn. 2, 20). Nach der weiten Auslegung des § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG ist der GBA somit auch dann zuständig, wenn weitere Tatbestandsmerkmale der Delikte nach dem VStGB nicht greifen, eine Verfolgung der Tat aber nach allgemeinem Strafrecht in Betracht kommt. Die weite Auslegung ist die rechtlich gebotene. Für sie streitet das Ergebnis von historischer, systematischer, teleologischer und verfassungsbezogener Betrachtung.

b) Bei der Auslegung des § 120 Abs. 1 GVG kommt nach ständiger Rechtsprechung der grundgesetzlichen Kompetenzzuweisung im Hinblick auf die Zuständigkeitsabgrenzung von Bund und Ländern besondere Bedeutung zu (vgl. BGHSt 46, 238, 244; BGH NStZ 2007, 117f.). Artikel 96 Abs. 5 Nr. 3 GG weist dem Bund seit dem 51. Änderungsgesetz vom 26. Juli 2002 (BGBl. I S. 2863) die Zuständigkeit für „Kriegsverbrechen" zu. Schon dem Wortlaut nach ist diese grundgesetzliche Kompetenz nicht auf Taten, die nach dem Völkerstrafgesetzbuch strafbar sind, beschränkt. Dass sie weitergeht, zeigen sowohl die historische Betrachtung (c) als auch die ratio der Bestimmung, wie sie aus der Begründung des verfassungsändernden Gesetzgebers folgt (d), wie auch der systematische Zusammenhang mit Artikel 96 Abs. 2 GG (e).

c) Wie ausgeführt waren bereits vor Inkrafttreten des VStGB nach dem deutschen Strafrecht Kriegsverbrechen strafbar, nämlich nach den Tatbeständen des Besonderen Teils des StGB (insbesondere den Tötungsdelikten) soweit sie im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt begangen wurden, unter Heranziehung des - über Artikel 25 GG anzuwendenden - Völkerrechts für die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens (s.o.). „Kriegsverbrechen" waren somit vor Inkrafttreten des VStGB durch spezielle Sachverhalte und die Anwendbarkeit des Konfliktsvölkerrechts gekennzeichnete Anwendungsfälle des allgemeinen Strafrechts. Das VStGB hat diese Rechtslage nicht im Sinne der Schaffung eines abschließenden speziellen Strafrechts geändert, sondern nur besonders schwere Straftaten nach dem Konfliktsvölkerrecht spezialgesetzlich herausgehoben (Gesetzesbegründung a.a.O. S. 12 f.). Greifen die Tatbestände des VStGB ein, treten die allgemeinen Straftatbestände regelmäßig im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück (Gesetzesbegründung a.a.O. S. 13). Sind jedoch einzelne Merkmale der Tatbestände des VStGB im Einzelfall nicht gegeben, kommt eine Strafbarkeit nach dem allgemeinen Strafrecht in Betracht (vgl. Gesetzesbegründung a.a.O. S. 12 f.). Auch die einschlägigen Tatbestände des Besonderen Teils des StGB normieren insoweit die Strafbarkeit von „Kriegsverbrechen".

d) Die vom verfassungsändernden Gesetzgeber für die Erweiterung der Bundeszuständigkeit im Bereich der Strafverfolgung durch die Änderung des Artikels 96 Abs. 5 GG abgegebene Begründung bestätigt die Richtigkeit einer weiten Auslegung des Begriffs Kriegsverbrechen im Sinne des Artikel 96 Abs. 5 Nr. 3 GG. Zweck der Grundgesetzänderung war es nämlich sicherzustellen, dass die komplexen Sachverhalte im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten, in denen außenpolitische Belange der Bundesrepublik Deutschland regelmäßig eine besondere Rolle spielen und schwierige Fragen des Völkerrechts zu prüfen sind, einheitlich vom Generalbundesanwalt bearbeitet und somit divergierende Rechtsanwendung und Ermessensausübung verhindert werden (vgl. Gesetzesbegründung des GG-ÄndG BT-Drs. 14/8994 S. 1). Diese Gesichtspunkte greifen nicht nur hinsichtlich der Tatbestände des VStGB, sondern gleichermaßen, wenn im Zusammenhang mit demselben bewaffneten Konflikt (zum Begriff des Zusammenhangs vgl. Ambos a.a.O. Rdnrn. 35 f., Werle a.a.O. Rdnrn. 971 ff.), etwa wegen des fehlenden Vorliegens einzelner Merkmale dieser Tatbestände, Delikte nach allgemeinem Strafrecht unter Berücksichtigung des Konfliktsvölkerrechts zu prüfen sind.

e) Bestätigt wird die weite Auslegung des Begriffs des Kriegsverbrechens auch durch den Vergleich mit einer anderen Kompetenzregelung des Grundgesetzes zur Strafverfolgungszuständigkeit, nämlich Artikel 96 Abs. 2 GG. Danach kann der Bund Wehrstrafgerichte bilden für den Verteidigungsfall oder für Angehörige der Bundeswehr im Auslandseinsatz oder an Bord von Kriegsschiffen. Diese Kompetenznorm zeigt, dass das Grundgesetz eine Zuständigkeitsanknüpfung an besondere tatsächliche Situationen wie den Verteidigungsfall oder die Entsendung deutscher Soldaten in das Ausland als legitim ansieht. Denn neben einigen speziellen Strafnormen umfasst die Wehrstrafgerichtsbarkeit Delikte, die außerhalb der genannten besonderen Situationen dem allgemeinen Strafrecht und der Zuständigkeit der Länder unterfallen (vgl. Herzog in Maunz/Dürig GG Artikel 96 Rdnr. 15; Schulze-Fielitz in Dreier GG 2. Auflage Artikel 96 Rdnr. 22; Voßkuhle in v. Mangoldt/Klein/Starck GG 4. Auflage Rdnr. 11 jew. m.w.N.). Eine solche besondere, die Zuständigkeit des Bundes legitimierende Situation ist aber im Fall des bewaffneten

internationalen oder nichtinternationalen Konflikts gleichermaßen wie in den in Artikel 96 Abs. 2 GG genannten Fällen gegeben.

f) Bei der Prüfung, ob es sich bei nach allgemeinem Strafrecht zu beurteilenden Delikten um ein Kriegsverbrechen im Sinne des Grundgesetzes handelt, sind die Maßstäbe des gewohnheitsrechtlich geltenden humanitären Völkerrechts heranzuziehen. Nach diesen ist Voraussetzung eines Kriegsverbrechens, dass ein spezifischer Zusammenhang zwischen der Tat und dem bewaffneten Konflikt besteht, nicht erfasst sind Taten, die lediglich bei Gelegenheit des Konflikts begangen werden (zur Abgrenzung vgl. Ambos a.a.O. Rdnrn. 34 ff., Werle a.a.O. Rdnrn. 971 ff. m.w.N.; zum Verständnis der Kriegsverbrechen als ernsthafte Verletzung des humanitären Völkerrechts vgl. ICRC: Customary International Humanitarian Law, Hrsg. Henckaerts/Doswald-Beck, Cambridge 2005, S. 568 ff. m.w.N.).

g) Hat die Prüfung somit ergeben, dass der Begriff des Kriegsverbrechens i.S.d. Artikels 96 Abs. 5 Nr. 3 GG auch im Zusammenhang mit bewaffneten internationalen oder nichtinternationalen Konflikten begangene Straftaten nach dem allgemeinen Strafrecht umfasst, besteht hierfür nach der Änderung des Grundgesetzes im Jahre 2002 eine Verfolgungszuständigkeit des Bundes (zu der besonderen Konstruktion des Artikels 96 Abs. 5 GG vgl. Voßkuhle a.a.O. Rdnr. 24 m.w.N.).
Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber bei der im Zusammenhang und zeitgleich mit der Änderung des Grundgesetzes erfolgten Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes (vgl. BT-Drs. 14/8978 und 14/8994) von dieser verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsverteilung bei der Zuweisung von Zuständigkeiten an den Generalbundesanwalt abweichen wollte. Im Gegenteil belegt die Begründung des Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes, dass eine umfassende Zuweisung derartiger Fälle an den Generalbundesanwalt beabsichtigt war (vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/8978 S. 1, 6). Somit ist die Zuständigkeitsnorm des § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG i.V.m. § 142a Abs. 1 GVG in Fällen des Zusammenhangs mit internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikten in Konkordanz mit dem Begriff der Kriegsverbrechen gemäß Artikel 96 Abs. 5 Nr. 3 GG, mithin weit, auszulegen.

3. Strafbarkeit gemäß § 211 StGB

a) Der objektive und der subjektive Tatbestand des § 211 StGB sind erfüllt. Durch den Befehl zum Abwurf der Bomben hat Oberst Klein den Tod von Menschen verursacht. Er hat dies gewusst und gewollt, also vorsätzlich gehandelt. Bei den Bomben handelte es sich um ein gemeingefährliches Tatmittel im Sinne des § 211 StGB (vgl. Fischer StGB 57. Aufl. § 211 Rdnrn. 59 f. m.w.N.), was ebenfalls vom Vorsatz des Oberst Klein umfasst war.

b) Das Vorgehen von Oberst Klein war völkerrechtlich zulässig und damit strafrechtlich gerechtfertigt (zur völkerrechtlichen Zulässigkeit als strafrechtlichem Rechtfertigungsgrund vgl. oben - D III.1.a -).

Für die Zulässigkeit militärischer Angriffe mit der Folge der Tötung von Menschen in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten ist der konfliktsvölkerrechtliche Status der Opfer von besonderer Bedeutung. Es ist zu unterscheiden, ob es sich bei den Opfern um bewaffnete Kämpfer der gegnerischen Seite handelt, um Zivilisten, die sich an einer Feindseligkeit unmittelbar beteiligen, oder um sonstige Zivilisten. Personen, die zu den beiden erstgenannten Gruppen gehören, sind grundsätzlich legitimes Ziel militärischer Attacken. Nur Zivilisten, die nicht unmittelbar an Feindseligkeiten beteiligt sind, genießen den Schutz des humanitären Völkerrechts, das den unterschiedslosen Angriff verbietet.

Vorliegend wurden durch den von Oberst Klein angeordneten Bombenabwurf zum einen bewaffnete Kämpfer einer Konfliktpartei (Taliban) getötet (aa), zum anderen Zivilisten, die sich nicht unmittelbar an einer Feindseligkeit beteiligten (bb). Auch hinsichtlich dieser dem besonderen Schutz des Konfliktsvölkerrechts unterstehenden Zivilisten genügte das Vorgehen von Oberst Klein den völkerrechtlichen Anforderungen (cc). Ein etwaiger Verstoß gegen rein innerdienstliche Vorgaben ist demgegenüber für die völkerrechtliche Bewertung ohne Bedeutung (dd). Im Einzelnen:

aa) Nach dem humanitären Völkerrecht sind im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt die Kämpfer der nicht-staatlichen Konfliktpartei nicht als Zivilisten anzusehen, die nur im engen zeitlichen Rahmen einer bewaffneten Auseinandersetzung legitimes Ziel eines militärischen Angriffs wären. Haben sie sich einer organisierten bewaffneten Gruppe durch funktionale Eingliederung als Kämpfer angeschlossen, behalten sie vielmehr den Status als bewaffneter Kämpfer in diesem Konflikt solange bei, bis sie eindeutig und endgültig ihre Funktion aufgeben (vgl. die Nachweise unter D II 3 b aa). Dass es sich bei den bewaffneten Taliban, die die beiden LKW entführt hatten und die einen erheblichen Teil der Opfer des Bombenangriffs stellten, um Angehörige einer organisierten bewaffneten Gruppe handelte, die Partei des bewaffneten Konflikts ist, steht außer Frage. Diese Kämpfer stellten damit ein legitimes militärisches Ziel dar, dessen „Vernichtung" in den Grenzen militärischer Notwendigkeit (vgl. ICRC-Guidance S. 79) zulässig ist. Eine Einschränkung ergab sich aus dem Grundsatz der Notwendigkeit vorliegend nicht. Eine Zerschlagung der vor Ort befindlichen Taliban-Gruppe ohne den Einsatz potentiell tödlicher militärischer Mittel wäre nicht ohne Risiko für Gesundheit und Leben eigener Truppen möglich gewesen. Die Inkaufnahme einer solchen Gefährdung ist einem Befehlshaber nach dem Konfliktsvölkerrecht nicht abzuverlangen (vgl. ICRC-Guidance S. 80 f.; Kreß FAZ v. 13. August 2009 S. 6).

bb) Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass alle Opfer des Bombenangriffs, soweit es sich nicht um Taliban handelte, nach dem humanitären Völkerrecht geschützte Zivilisten waren, nicht Zivilisten, die sich an einer Feindseligkeit beteiligten und als solche legitimes Ziel eines militärischen Angriffs gewesen wären (vgl. Art. 51 Abs. 3 ZP I). Dies gilt letztlich sowohl für diejenigen Personen, die den Taliban beim Versuch der Bergung der LKW halfen, wie für diejenigen, die im Eigeninteresse Treibstoff für sich zu erlangen suchten.

(1) Der Begriff der Feindseligkeit wird in den internationalen Konventionen nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Durch die internationale Staatenpraxis, Rechtsprechung und Literatur ist jedoch eine weitgehende Klärung eingetreten. Danach ist Feindseligkeit nicht nur in dem engen Sinne eines bewaffneten Aktes zur Schädigung von Personal und Ausrüstung der gegnerischen Kräfte zu verstehen (vgl. Dörmann a.a.O. Rdnr. 40). Erfasst sind vielmehr alle Handlungen, die auf eine gewisse Beeinträchtigung der militärischen Kapazitäten oder Operationen einer Konfliktpartei zielen, wobei eine direkte kausale Verbindung zwischen der Aktion und dem Nachteil für den Gegner und ein objektiver Bezug (belligerent Nexus) zwischen dem gegnerischen Schaden und einer Stärkung der anderen Partei bestehen muss (ICRC-Guidance S. 46). Damit sind zum Beispiel Sabotageakte, Störungen der Logistik und Kommunikation des Gegners erfasst (ICRC-Guidance S. 48), nicht aber generelle Störungen der zivilen Infrastruktur in dem Land, in dem der bewaffnete Konflikt stattfindet, auch wenn diese sich mittelbar auf die gegnerischen Kräfte auswirken (ICRC-Guidance S. 50).

Die unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten im Sinne des Konfliktsvölkerrechts ist von der Willensrichtung des sich Beteiligenden unabhängig, denn der zeitweilige Verlust des Schutzes als Zivilist ist eine Folge davon, dass diese Person objektiv eine militärische Bedrohung darstellt (ICRC-Guidance S. 59 f., 70 f.; Dörmann a.a.O. Rdnr. 40 m.w.N.). Die Frage, ob einzelne Zivilisten von den Taliban zu ihrer Unterstützung gezwungen worden waren wie auch die Frage, ob es sich um Kinder unter dem zulässigen Rekrutierungsalter handelte (ICRC-Guidance S. 59), sind demnach für die rechtliche Bewertung unerheblich.

Ebenso unerheblich für die Frage der Teilnahme an einer Feindseligkeit ist es andererseits, ob der Zivilist durch seine Handlungen Straftaten begeht (was vorliegend nahe liegt, je nach Einzelfall durch Hehlerei oder Beteiligung am Raubmord). Der Einsatz militärischer Mittel ist nach dem Konfliktsvölkerrecht nicht zu Zwecken

der Verfolgung Krimineller, sondern nur zu militärischen Zwecken zulässig (vgl. ICRC-Guidance S. 60 m.w.N.).

(2) Eine unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten scheidet daher hinsichtlich derjenigen Zivilisten, die zur eigenen Bereicherung und nicht zur Unterstützung der Taliban Treibstoff entnehmen wollten, von vornherein aus. Hinsichtlich der die Taliban unterstützenden Zivilisten wiederum ist zu berücksichtigen, dass die Entführung der beiden für die ISAF-Truppen bestimmten Tanklaster grundsätzlich eine Beeinträchtigung von militärischen Kapazitäten im Sinne einer Feindseligkeit darstellen konnte. Auch der erforderliche Nexus (ICRC-Guidance S. 46, 59) zwischen dem Schaden der einen und dem Vorteil der anderen Konfliktpartei war gegeben. Allerdings fehlte es im Ergebnis am Vorliegen des Merkmals einer direkten Kausalität zwischen Handlung und Schaden (vgl. ICRC-Guidance S. 51 ff.). Ein Nachteil für eine Konfliktpartei kommt im Hinblick auf eine für den Konflikt bedeutsame Ressource wie Treibstoff in zweierlei Hinsicht in Betracht: zum Einen durch den Verlust eigenen Materials, zum Anderen durch die Stärkung der Ressourcen des Gegners. In beiderlei Hinsicht bedarf die direkte Kausalität zwischen der Handlung und dem Nachteil besonderer Prüfung.

In Bezug auf den Verlust-Gesichtspunkt ist der vorliegende Fall abzugrenzen von solchen Konstellationen, in denen das Material sich bereits im Besitz einer Konfliktpartei befunden hätte (eindeutig direkte Kausalität zwischen Raubzug und Nachteil). Entscheidend für die Abgrenzung ist die Nähebeziehung zu der Konfliktpartei und dem Einsatz im bewaffneten Konflikt. Vorliegend war der Treibstoff zwar für die ISAF-Truppen bestimmt, aber noch im Eigentum eines privaten Logistik-Unternehmens und räumlich weit vom Bestimmungsort entfernt. Von der erforderlichen Nähebeziehung kann daher nicht ausgegangen werden.

Auch der weitere Gesichtspunkt der Stärkung der einen Konfliktpartei mit der Folge der unmittelbaren Schädigung der Gegenpartei ist vorliegend nicht zu bejahen. Die Lage entspricht insoweit der einer allgemeinen Ressourcenstärkung der einen Seite ohne di-

rekten Bezug zu kämpferischen Situationen wie etwa bei einer Förderung der Taliban durch finanzielle Zuwendungen (vgl. ICRC-Guidance S. 51 f.) oder einem Einschmuggeln von Waffen und Munition über die Landesgrenze (vgl. ICRC-Guidance S. 55 f.). Anders wäre es dagegen, wenn die Stärkung der militärischen Kapazitäten unmittelbar in konkrete militärische Operationen mündete, z.B. bei einem Transport von Waffen direkt zu einem Einsatzort (vgl. ICRC S. 53, 55 f.; Schaller a.a.O. S. 6). Hiervon kann vorliegend nicht ausgegangen werden, da Ziel der Taliban eine Verbringung der geraubten Tanklastzüge in ein von ihnen kontrolliertes Gebiet war.

cc) Auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass durch die Bombenattacke vom Konfliktsvölkerrecht geschützte Zivilisten mit tödlicher Folge getroffen wurden, war der Angriffsbefehl völkerrechtlich zulässig.

(1) Dies ergibt sich allerdings nicht daraus, dass Zivilisten sich bewusst in die Nähe der von bewaffneten Taliban umgebenen Tankwagen begaben. Dadurch brachten sie sich zwar faktisch selbst in die Gefahr, als „Kollateralschaden“ Opfer eines legitimen militärischen Angriffs zu werden, rechtlich gilt der Schutz des humanitären Völkerrechts jedoch unabhängig davon, ob die Zivilpersonen um die Gefahr eines solche Angriffs wissen oder ob sie sich freiwillig oder unter Zwang an dem Ort militärischer Auseinandersetzungen befinden (vgl. Dinstein, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict, Cambridge 2004 S. 129).
Der Schutz von Zivilisten gilt allerdings nicht unbeschränkt. Das humanitäre Völkerrecht verbietet insoweit nur „unterschiedslose“ Angriffe, d.h. gegen Zivilisten als solche oder gegen ein militärisches Ziel, wenn der zur Zeit des Angriffsbefehls zu erwartende zivile Schaden in keinem Verhältnis („excessive“ vgl. 51 Abs. 5 lit. b ZP I) zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht (vgl. ICRC Customary International Humanitarian Law, 2005 - im Folgenden: ICRC Customary IHL- S. 46 ff.; Oeter in Fleck: Handbook of International Humanitarian Law, 2. Aufl. Rdnr. 404 m.w.N.). Bei dem Exzessverbot handelt es sich um eine

spezifisch militärische Verhältnismäßigkeitsklausel, die in ihrer Wirkkraft in keiner Weise mit dem friedensrechtlichen Übermaßverbot vergleichbar ist. „Kein Verhältnis“ ist nicht gleichzusetzen mit dem engeren Maßstab fehlender Angemessenheit; die Tötung unbeteiligter Menschen kann nie angemessen im menschenrechtlichen Sinne sein (vgl. zum Ganzen Frister/Korte/Kreß JZ 2009 S. 10, 16; Dörmann a.a.O. Rdnrn. 85 ff.; Schwenck a.a.O. S. 114, jeweils m.w.N.)

(2) Der Maßstab des Exzessverbots verlangt zunächst einen militärischen Vorteil taktischer Art (vgl. Frister/Korte/Kreß a.a.O.), etwa die Vernichtung oder Schwächung der feindlichen Truppen oder ihrer Kampfmittel, oder einen Gebietsgewinn (vgl. Dörmann a.a.O. Rdnr. 85). Begleitschäden wie der Tod von Zivilisten stehen nicht schon dann außer jedem Verhältnis, wenn der militärische Vorteil nur ein kurzfristiger, nicht konfliktsentscheidender ist. So ist etwa die Bombardierung eines Funkhauses in Belgrad durch die NATO mit der absehbaren Folge zahlreicher ziviler Toter als nicht außer Verhältnis stehend angesehen worden, obwohl der zu erwartende taktische Vorteil nur in einer stundenweisen Unterbrechung der Telekommunikation der Gegenseite lag (Final Report to the Prosecutor by the Committee established to review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia Rdnr. 78). Vorliegend wurden mit dem Bombenangriff zwei militärische Ziele verfolgt, nämlich die Vernichtung der von den Taliban geraubten Tanklastzüge und des Treibstoffs sowie die Tötung von Taliban, nicht zuletzt hochrangiger regionaler Befehlshaber der Aufständischen. Die insoweit zu erwartenden militärischen Vorteile, nämlich einerseits eine endgültige Verhinderung der Nutzung von Treibstoff und Tanklastern, sei es als „fahrende Bombe“ oder zur Versorgung der militärisch genutzten Fahrzeuge der Aufständischen mit Treibstoff, und andererseits eine zumindest zeitweise Störung der regionalen Kommandostruktur der Taliban, bewegen sich im Rahmen herkömmlicher, anerkannter taktischer militärischer Vorteile (vgl. nur Dörmann a.a.O. Rdnr. 85 m.w.N.; Safferling/Kirsch JA 2010, 81, 84). Dass das zweitgenannte Ziel nicht vollständig erreicht wurde, ist rechtlich unerheblich, denn es kommt auf die - tat-

sachenbasierten - Erwartungen zum Zeitpunkt der militärischen Handlung an („ex ante Betrachtung"; vgl. ICRC Customary IHL S. 50; Dörmann a.a.O. Rdnrn. 95, 154 m.w.N.). Diese Erwartung war aufgrund der Informationslage zur Zeit des Abwurfbefehls gegeben.

(3) Auch hinsichtlich der zu erwartenden zivilen Begleitschäden ist von der Perspektive des Angreifenden zur Tatzeit auszugehen, nicht von dem erst nachträglich erkennbaren tatsächlichen Verlauf (vgl. den Wortlaut von Art. 51 Abs. 5 Buchst. b ZP I „zu rechnen ist" beziehungsweise „may be expected"; ICRC Customary IHL S. 50; Dörmann a.a.O. Rdnr. 95, 154 m.w.N.). Die Bundesrepublik Deutschland hat – wie auch eine Vielzahl anderer Staaten (vgl. Oeter a.a.O. Rdnr. 456 Abs. 2) – bei der Ratifikation der Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen diesen Umstand durch Abgabe einer Erklärung besonders hervorgehoben (vgl. BR-Drs. 64/90 S. 132). Nur wenn der Befehlshaber entgegen völkerrechtlicher Verpflichtung eine gebotene und praktikable Aufklärung („feasible precaution"; vgl. Art. 57 Abs. 2 Buchst a ZP I; ICRC Customary IHL S. 51 ff.) unterlassen hat und eine solche Aufklärung die Erwartung größerer ziviler Begleitschäden begründet hätte, die sich dann auch realisiert, sind diese für die Verhältnismäßigkeitsprüfung maßgeblich. Dabei braucht die Gefährdung eigener Truppen oder Kampfmittel nicht hingenommen zu werden (vgl. ICRC Customary IHL S. 50, 64 m.w.N.). Für Oberst Klein war angesichts der ihm bekannten Umstände (Entfernung von bewohnten Ansiedlungen, Nachtzeit, Präsenz bewaffneter Taliban) und der Angaben des Informanten die Anwesenheit geschützter Zivilisten fernliegend (vgl. im Einzelnen C I). Weitere praktikable Aufklärungs- und Vorsichtsmaßnahmen („feasible precautions") standen in der konkreten Situation zeitnah nicht zur Verfügung. Die Gefahr einer Bergung der Laster oder des Treibstoffs durch die Taliban brauchte Oberst Klein nicht in Kauf zu nehmen (vgl. M.N. Schmitt in: The War in Afghanistan - A Legal Analysis, Newport 2009 S. 307, 310 f., 325 zu den „feasible precautions"). Das Konfliktsvölkerrecht verlangt zwar, im Zweifelsfall vom Status einer Person als geschützter Zivilist auszugehen (vgl. Art. 50 Abs. 1 Satz 2 ZP I).

Ein solcher Zweifelsfall liegt aber dann nicht vor, wenn - wie hier - unter den Bedingungen der konkreten Situation ausreichende Hinweise dafür gegeben sind, dass die betreffenden Personen legitimes Ziel eines militärischen Angriffs sind, absolute Sicherheit ist hierfür nicht erforderlich (vgl. ICRC Guidance S. 76; Oeter a.a.O. Rdnrn. 446, 457 Ab. 3; M.N. Schmitt a.a.O. S. 320 m.w.N.).

(4) Selbst wenn aber mit der Tötung mehrerer Dutzend geschützter Zivilisten hätte gerechnet werden müssen (was hilfsweise hier unterstellt werden soll), hätte dies bei taktisch-militärischer Betrachtung nicht außerhalb jeden Verhältnisses zu den erwarteten militärischen Vorteilen gestanden. In der Literatur wird durchgehend darauf hingewiesen, dass allgemeine Kriterien zur Beurteilung dieser spezifischen Verhältnismäßigkeit nicht zur Verfügung stehen, da sich ungleichartige Rechtsgüter, Werte und Interessen gegenüberstehen, die jegliches „Ausbalancieren“ ausschließen (vgl. Dinstein a.a.O. S. 122; Dörmann a.a.O. Rdnr. 92; Schaller a.a.O. S. 7; M.N. Schmitt a.a.O. S. 312; jew. m.w.N.). Deshalb ist unter Berücksichtigung des besonderen Drucks der Entscheidungssituation ein Verstoß nur bei offensichtlichem Exzess anzunehmen, wenn der Befehlshaber unter Außerachtlassen jeglicher Verhältnismäßigkeitserwägung nicht „honestly“, „reasonable“ und „competently“ gehandelt hat (vgl. Dörmann a.a.O.; Rdnr. 456 Abs. 2.; M.N. Schmitt a.a.O.). Dies wäre etwa der Fall bei der Vernichtung einer kompletten Ortschaft mit Hunderten ziviler Einwohner um einen einzelnen gegnerischen Kämpfer zu treffen, nicht aber wenn es um die Ausschaltung einer in der Ortschaft befindlichen Artilleriestellung geht (Dinstein S. 122 f. m.w.N.). Vorliegend kommt eine derart offensichtliche Disproportionalität nicht in Betracht. Sowohl die Vernichtung der Tanklastzüge als auch die Ausschaltung ranghoher Taliban hatten eine nicht zu unterschätzende militärische Bedeutung, nicht zuletzt auch im Hinblick auf die dadurch erheblich reduzierte Gefährdung eigener Truppen sowie auch von Zivilpersonen durch Angriffe der Taliban. Ein Exzess scheidet somit aus.

(5) Das Konfliktsvölkerrecht sieht zusätzlich zur Pflicht zur Beachtung der militärischen Verhältnismäßigkeit vor, Kampfmittel, die auch Zivilisten treffen können, möglichst schonend einzusetzen (Gebot des mildesten Mittels, vgl. Art. 57 Abs. 2 Buchst. a (ii) ZP I; im deutschen Recht wäre dies im Rahmen der mehrgliedrigen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen.) Auch insoweit ist von der Einschätzungslage zur Tatzeit auszugehen. Diese war wie ausgeführt dadurch gekennzeichnet, dass Oberst Klein in vertretbarer Weise davon ausging, dass keine Zivilisten vor Ort seien. Nur hilfsweise ist daher zu ergänzen, dass auch im Fall der Annahme einer Anwesenheit von Zivilpersonen kein Verstoß gegen das Gebot möglichst schonenden Mitteleinsatzes vorgelegen hätte. Ob ein milderes Mittel zur Zielerreichung genügen würde, war vor dem Abwurf zwischen Oberst Klein, dem Flugleitoffizier und den Piloten ausführlich erörtert worden. Entgegen weitergehenden Vorschlägen der Piloten hat Oberst Klein sich für den Einsatz der kleinsten zur Verfügung stehenden Bombengröße (500 Pfund) unter Verwendung von den Wirkungsradius beschränkender Zündzeitverzögerung entschieden. Ein Verstoß gegen den Grundsatz des mildesten Mittels ist daher ausgeschlossen

(6) An dem Ergebnis der völkerrechtlichen Zulässigkeit des Angriffsbefehls ändert auch die Verpflichtung, grundsätzlich Warnhinweise vor Angriffen zu geben, durch welche die Zivilbevölkerung in Mitleidenschaft gezogen werden kann (vgl. Art. 57 Abs. 2 Buchst. c ZP I; ICRC Customary IHL S. 62 ff.), nichts. Zum einen ging Oberst Klein in vertretbarer Weise davon aus, dass der von ihm angeordnete Angriff Zivilisten nicht treffen werde. Zum anderen steht diese Verpflichtung unter dem Vorbehalt eines Ausschlusses durch die gegebenen Umstände. Damit trägt das humanitäre Völkerrecht insbesondere der Legitimität und militärischen Notwendigkeit von Überraschungsangriffen Rechnung (vgl. ICRC Customary IHL S. 64; Oeter a.a.O. Rdnr. 447 Abs. 2). Der Vorbehalt greift vorliegend, da eine Warnung das legitime militärische Ziel der Tötung von Taliban hätte vereiteln können.

dd) In der öffentlichen Diskussion ist eine Reihe von mutmaßlichen Verstößen des Oberst Klein gegen innerdienstliche Vorgaben, insbesondere gegen einzelne Einsatzregeln (Rules of Engagement - RoE) der ISAF, erörtert worden. [die fraglichen VS-eingestuften Punkte werden aufgezählt]

Bei den Einsatzregeln der ISAF, wie auch bei Dienstvorschriften der Bundeswehr, handelt es sich um reines Innenrecht, dem keine Rechtswirkung nach außen zukommt (vgl. Frister/Korte/Kreß a.a.O. S. 16 m.w.N.). Bei den Rules of Engagement wird dies nicht zuletzt dadurch deutlich, dass diese nicht veröffentlicht werden, sondern der Geheimhaltung unterliegen (vgl. Frister/Korte/Kreß a.a.O.). Auch soweit dienstlichen Vorschriften Befehlscharakter zukommt (vgl. zu den insoweit bestehenden Anforderungen BVerwG NVwZ 2007, 475 m.w.N.), hat dies nur binnenrechtliche Bedeutung. Die - hier als Rechtfertigungsgrund erhebliche - Zulässigkeit militärischen Verhaltens ist aber nach dem geltenden Völkerrecht, nicht nach dem jeweiligen Binnenrecht der Konfliktparteien zu beurteilen. Zwar wird das Völkerrecht auch durch die Staatenpraxis bestimmt. Dies gilt aber nur soweit mit dieser Praxis verbindlichen Rechtsgrundsätzen Rechnung getragen werden soll (vgl. ICRC: Customary International Humanitarian Law, Hrsg. Henckaerts/Doswald-Beck, Cambridge 2005, S. XXXII ff.; Dinstein a.a.O. S. 5 f. m.w.N.,). Schöpfen die Staaten demgegenüber das ihnen völkerrechtlich Gestattete nicht aus, sei es aus militärischen oder politischen Erwägungen, ändert dies an der völkerrechtlichen Zulässigkeit weitergehenden Verhaltens nichts (Dinstein a.a.O. S. 4 m.w.N.). So ist es etwa dann, wenn aus Erwägungen zum „Kampf um die Herzen und Köpfe“ den eigenen Truppen jegliche Gewaltanwendung bis zur Grenze der Selbstverteidigung untersagt wird (vgl. M.N. Schmitt a.a.O. S. 328). Bei den hier als verletzt in Frage stehenden Vorschriften handelt es sich um solche Einschränkungen, die die ISAF sich im Interesse einer nachhaltigen politischen Lösung des Afghanistan-Konflikts auferlegt hat, und die vor allem dem Schutz der Zivilbevölkerung über das völkerrechtlich Vorgeschriebene hinaus dienen. Eine Einschränkung des völ-

kerrechtlich Zulässigen ergibt sich daraus nicht (vgl. M.N. Schmitt a.a.O.).

4. Sonstige Tatbestände

Eine Strafbarkeit aufgrund sonstiger Tatbestände des Strafgesetzbuchs scheidet aus, da die konfliktsvölkerrechtliche Zulässigkeit des Vorgehens von Oberst Klein auch insoweit rechtfertigende Wirkung entfaltet.

E. Rechtliche Würdigung der Strafbarkeit des Beschuldigten Hauptfeldwebel Wilhelm

Hauptfeldwebel Wilhelm hat sich nicht strafbar gemacht. Seine Beteiligung an dem verfahrensrelevanten Geschehen bestand in der Unterstützung von Oberst Klein bei der Vorbereitung und Umsetzung von dessen Angriffsbefehl. Da das Verhalten von Oberst Klein strafrechtlich nicht zu beanstanden ist (wie unter D im Einzelnen ausgeführt), scheidet eine Strafbarkeit von Hauptfeldwebel Wilhelm gleichermaßen aus.

Im Auftrag
Beck / Dr. Wehowsky / Dr. Weber